

Imputación e injusto de la responsabilidad penal de la persona jurídica: lineamientos de un modelo de «autor detrás del autor»

Carlos Bardavío Antón

Universidad Internacional de La Rioja (UNIR)

BARDAVÍO ANTÓN, CARLOS. 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*. 2022, núm. 24-16, pp. 1-48.
<http://criminnet.ugr.es/recpc/24/recpc24-16.pdf>

RESUMEN: En este trabajo ponemos de manifiesto los desencuentros normativos y dogmáticos en la legislación actual para a través de estos formular una respuesta unitaria. Por nuestra parte entendemos que sólo tratando a la persona jurídica como un sistema que genera comunicaciones propias se puede concebir su diferencia y el sentido de su comunicación como una institución garante de riesgos ante terceros. Este planteamiento avala la autorresponsabilidad objetiva de la persona jurídica como garante de riesgos que irroga su cualidad institucional. La premisa de su responsabilidad se hallaría en su saber propio mediante la selectividad de la información, mientras que su fundamento estaría en las decisiones. Proponemos unos lineamientos de comprensión de la responsabilidad de la persona jurídica mediante un modelo de autor detrás del autor por el cual se podrían independizar los injustos, las formas comisivas y los títulos de imputación. Se concluye que la responsabilidad penal de la persona jurídica no depende de la imputación y/o responsabilidad de la persona física.

PALABRAS CLAVE: Autorresponsabilidad, Garante, Heterorresponsabilidad, Persona jurídica, Responsabilidad objetiva, Riesgo.

TITLE: **Imputation and unjust of the criminal responsibility of the legal person: guidelines of a model of «author behind the author»**

ABSTRACT: In this work we highlight the normative and dogmatic disagreements in the current legislation to formulate a unitary response through these. For our part, we understand that only treating the legal person as a system that generates its own communications can its difference and the meaning of its communication be conceived as an institution that guarantees risks before third parties. This approach endorses the objective self-responsibility of the legal person as a guarantor of risks that entails its institutional quality. The premise of his responsibility would be found in his own knowledge through the selectivity of the information, while its foundation would be in the decisions. We propose some guidelines for understanding the responsibility of the legal person through a model of author behind the author by which the unjust, the commissive forms and the imputation titles could be made independent. It is concluded that the criminal responsibility of the legal person does not depend on the imputation and/or responsibility of the natural person.

KEYWORDS: Self-responsibility, Guarantor, Heteroresponsibility, Legal enti, Strict liability, Risk.

Fecha de recepción: 15 enero 2022

Fecha de publicación en RECPC: 28 mayo 2022

Contacto: carlosbardavio@gmail.com

SUMARIO: I. Introducción. II. Cuestiones actuales en la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. A. ¿Incoherencias dogmáticas? B. Problemáticas de imputación a la persona jurídica con el modelo actual. III. Fundamentos para una auténtica autorresponsabilidad. A. Racionalidad del sistema. Unidad de la diferencia y premisa de la responsabilidad penal: el saber propio. B. La decisión de la persona jurídica como fundamento de imputación. IV. Bases para la imputación objetiva. A. Imputación de ¿peligros o riesgos? B. El deber de la persona jurídica: ¿por organización o por infracción de deber? C. La persona jurídica como garante del riesgo: solución al actual modelo mediante la pluriautoría y el autor detrás del autor. V. ¿Imputación subjetiva? Límites del riesgo en la imputación penal: cognoscibilidad y capacidad de evitación. VI. Trascendencia de los postulados previos. A. Efectos jurídico-penales del compliance en la responsabilidad de la persona jurídica: ¿exención de responsabilidad o falta de imputación objetiva? B. Carga de la prueba. C. ¿Responsabilidad penal del compliance officer vinculante para la persona jurídica? VII, Conclusiones. Bibliografía.

I. Introducción

El debate entre heterorresponsabilidad y autorresponsabilidad tiene la especial trascendencia de que según la postura que se adopte se establecen diferentes límites y momentos de la imputación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, especialmente en la repercusión penal de los programas de organización y gestión, en la carga de la prueba, en la responsabilidad del *compliance officer*, pero más agudamente en la autoría y participación. Las doctrinas del hecho de conexión, de la atribuibilidad o transferencia, de la falta de cultura de cumplimiento o del defecto de organización son incapaces de explicar por qué un comportamiento lícito (ni exigible) puede suponer un principio y fundamento de responsabilidad o se transforme en el presupuesto de exoneración, o en su caso de responsabilidad. Una primera valoración lleva a la prohibición de regreso a pesar de la conducta del *intraneus*, por lo que tanto el sistema de autorresponsabilidad que alega el Tribunal supremo y parte de la doctrina, como el de heterorresponsabilidad que alega la Fiscalía General del Estado y otra parte de la doctrina ha de sostenerse en otro fundamento que, a nuestro modo de ver, hasta ahora no ha sido alegado: se esconde en la enmarañada normativa actual pero fundamentalmente en la dogmática. Esto se debe a que se trata de un nuevo modelo de responsabilidad que no depende dogmáticamente de la intervención de la persona física, o dicho de otra manera, el actual modelo no se trata de una auténtica autorresponsabilidad ni se transfiere ni depende de la ejecución de la persona física, sino más bien se trata de responsabilidades independientes que en ocasiones, psicológica y fenomenológicamente, coinciden en el tiempo, y la forma de coincidir dará mayores o menores argumentos de responsabilidad, pero para una auténtica autorresponsabilidad no se precisa que coincida la imputación de ambas en el mismo tiempo.

Finalmente explicaremos que el actual modelo puede ser fundamentado a través de la pluriautoría simultánea en la forma de autor detrás del autor como un modelo

más acorde a la autorresponsabilidad, pero también sin dicha simultaneidad, lo que avalaría la idea de que su responsabilidad no depende de la ejecución de la persona física, esto es, que nace como injusto propio antes y se proyecta en todo el curso de lo injusto con independencia de la imputación y/o responsabilidad de la persona física.

II. Cuestiones actuales en la dogmática de la responsabilidad penal de las personas jurídicas

A. *¿Incoherencias dogmáticas?*

La problemática de la responsabilidad penal de la persona jurídica es tan confusa que la doctrina, ni histórica¹ ni actualmente, llega a consensos mayoritarios, y precisamente esto debería llamar la atención al legislador, pues se duda que dicha normativa sea comprendida por los ciudadanos y los entes jurídicos, ya que la disputa entre responsabilidad objetiva, heterorresponsabilidad (ya sea por atribución o vicarial, por transferencia/delegación, o limitada) y autorresponsabilidad (absoluta o limitada) es de máximo calado². La doctrina está dividida, principalmente, entre los que apoyan una dogmática que sustenta la responsabilidad penal de la persona jurídica y los que no, y dentro de cada sector, además, no existe unanimidad sobre las soluciones. Parte de la doctrina que aboga por la responsabilidad penal del ente jurídico por autorresponsabilidad resta importancia a la confusiones dogmáticas habidas en la legislación, es decir, a la FGE no le falta cierta razón en su Circular 1/2016 (por mucho que diga el TS afirmando la ausencia de cultura³, el preámbulo de la Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, o la normativa europea⁴) en que el actual art. 31 *bis* CP sigue siendo un modelo de heterorresponsabilidad si por este entendemos como presupuesto de responsabilidad la previa ejecución de la persona física. Es decir, en ambos casos (31 *bis* 1. a y b), la premisa de la imputación comienza por un acto humano delictivo que se aprovecha de las deficiencias o de cierta intervención de la persona jurídica que la arrastra, pero este presupuesto o premisa no es el fundamento. La cuestión del art. 31 *ter* CP parece independizar la responsabilidad de la persona jurídica de la física,

¹ Basta ver la profunda investigación de: MARTÍNEZ PATÓN, 2019.

² Sobre las diversas posturas, ampliamente, GONZÁLEZ CUSSAC, 2020, pp. 271 y ss.

³ Especialmente, SSTS 154/2016, de 29 de febrero (Roj: STS 613/2016 - ECLI:ES:TS:2016:613); 221/2016, de 16 de marzo (Roj: STS 966/2016 - ECLI:ES:TS:2016:966); 516/2016, de 13 de junio, sobre la independencia de la responsabilidad individual y la responsabilidad de la persona jurídica (Roj: STS 2616/2016 - ECLI:ES:TS:2016:2616); 252/2017, de 6 de abril (Roj: STS 1776/2017 - ECLI:ES:TS:2017:1776); y, por todas, STS 668/2017, de 11 de octubre (Roj: STS 3544/2017 - ECLI:ES:TS:2017:3544); ampliamente sobre la doctrina de TS al respecto; VILLEGAS GARCÍA; ENCINAR DEL POZO 2017; sobre la responsabilidad en la teoría de la culpabilidad de la empresa, BAJO FERNÁNDEZ; FEIJOO SÁNCHEZ, GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2016, pp. 152 y ss.

⁴ También críticamente con el preámbulo de la Ley pues no zanja la cuestión, ni la normativa europea exige la responsabilidad penal, FERNÁNDEZ TERUELO, 2020a, pp. 31 y ss; FERNÁNDEZ TERUELO, 2020b, pp. 70-76; ampliamente, RAGUÉS I VALLÉS, 2017, pp. 51

pero más bien supone una cuestión estrictamente jurídico-procesal para en caso de imposibilidad de identificar e imputar al autor físico (a diferencia del modelo anglosajón que sirve de forma de presión para concretar a la persona física responsable), pero igualmente precisa de la ejecución de la persona jurídica y su culpabilidad, llamativamente también la *inaudita parte*⁵.

En este sentido, el modelo actual, tanto si lo concebimos de heterorresponsabilidad como si lo tratamos de autorresponsabilidad, en verdad, podría responder, como afirma parte de la doctrina⁶, a una cooperación necesaria omisiva imprudente del ente jurídico por incumplimiento del deber de vigilancia y control (accesoriedad limitada/mínima objetiva⁷), pues se trata de cubrir con dicho modelo la atipicidad que supondría la falta de tipos imprudentes en la responsabilidad penal de la persona jurídica, por eso no puede perderse de vista que los apartados a) y b) del art. 31 *bis* 1 CP exigen que la persona física haya cometido su injusto fraudulentamente, al menos claramente en el b), lo que parece significar dolosamente y, además, por los excepcionales tipos imprudentes que pueden cometer, por lo que la persona jurídica sólo podría, en principio, ser responsable si la persona física lo hace dolosamente siendo arrastrada por un injusto propio imprudente. Sin embargo, parte de la doctrina⁸ comenta que la imputación a la persona jurídica a título de dolo también podría establecerse, si bien con dificultad, pues en verdad se generan problemas dogmáticos evidentes con la configuración de un dolo real en la persona jurídica y no acabaría por diferenciarse nítidamente respecto a la organización criminal, como ya puede observarse en algún procedimiento penal⁹.

Asimismo, se ha tratado de fundamentar la responsabilidad penal de la persona jurídica mediante la teoría de la acción comunicativa. Concretamente se alega que la acción del ente jurídico se refiere al sentido comunicativo que produce el incumplimiento de un deber normativo, mientras que la culpabilidad se refiere al reproche por el incumplimiento cuando no existe alteración de la exigibilidad de dicha obligación¹⁰.

⁵ Lo cual sirve de fundamento a favor de la autorresponsabilidad, FERNÁNDEZ TERUELO, 2020b, p.75; ID., 2020a, pp. 157 y ss; ni se exige capacidad de culpabilidad de la persona física pero sí resulta necesario que obre con dolo o imprudencia en su caso, ID., 2020a, pp. 105 y ss.

⁶ BOLDOVA PASAMAR, 2013, p. 246; por imprudencia grave, DOPICO GÓMEZ-ALLER, 2010, p. 21; FERNÁNDEZ TERUELO, 2019b, p 4; matiza después que debe ser en concepto de autor, ID., 2020a, p. 108; imprudencia grave por *culpa in constituendo vel in operando*, RODRÍGUEZ RAMOS, 2016, p. 2; SILVA SÁNCHEZ, 2013b, p. 35; votos particulares, STS 154/2016, de 29 de febrero; críticamente, no se puede atribuir el resultado en comisión por omisión al partícipe, GONZÁLEZ CUSSAC, 2020, p. 279.

⁷ Limitada, DÍEZ RIPOLLÉS, 2012, p. 15; mínima objetiva, GONZÁLEZ CUSSAC, 2020, pp. 339 y ss.

⁸ Se comenta que «la vía de la imprudencia quedará abierta a lo sumo en aquellos casos en que se encuentre expresamente prevista para la comisión imprudente del respectivo delito por parte de la persona física», DE LA CUESTA ARZAMENDI, 2012, pp. 16 y 17; reconoce el incumplimiento en dolo eventual, DOPICO GÓMEZ-ALLER, 2010, p. 21.

⁹ En la instrucción del actual caso SGAE, la investigación imputa inicialmente tanto la responsabilidad penal de la persona jurídica como la organización criminal de algunas televisiones, Diligencias Previas nº 53 /2016 del Juzgado central de instrucción nº 2.

¹⁰ CARBONELL MATEU, 2010, pp. 13 y ss. y 16 y ss.

También se defiende el denominado modelo del hecho de conexión¹¹ (*Anknüpfungstat*) para fundamentar la responsabilidad del ente. Aquí se considera que la persona jurídica comete la acción típica por la conexión de la realización objetiva y subjetiva de la persona física en nombre, por cuenta y en beneficio directo o indirecto de la persona jurídica (hecho de conexión), es decir, no se transfiere la responsabilidad como alega el modelo de heterorresponsabilidad sino que se conectan ambos injustos por un injusto propio que se materializa en la persona jurídica por un defecto de organización¹², por eso este modelo supone cierta analogía con los fundamentos del Derecho penal de la persona física.

En países anglosajones (también en Francia, Bélgica, Austria, entre otros) se sigue un modelo de responsabilidad por atribución (*vicarious liability*) a la persona jurídica, una responsabilidad objetiva que identifica (doctrina de la identificación) el comportamiento delictivo de la persona física a la jurídica¹³ o por delegación de la imputación. Estados Unidos e Inglaterra son exponentes tradicionales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en donde la responsabilidad penal no es estrictamente personal, sino que depende de la delegación o imputación (*vicarious liability*) en relación a una responsabilidad penal sin culpa o sin necesidad de probarse (*strict liability*). También, en Italia, a pesar de regularse la responsabilidad de los entes jurídicos administrativamente bajo un modelo de heterorresponsabilidad¹⁴, parte de la doctrina apela al riesgo de la actividad de las empresas para legitimar su responsabilidad penal o fundamentar la imputación.

Y, para otros, en verdad, el modelo actual se trata de autorresponsabilidad limitada (o modelo mixto)¹⁵. En concreto, como afirma Fernández Teruelo, en el apartado b) hay tres intervinientes, la sociedad, el gestor y los subordinados y, entonces, el «re-

¹¹ TIEDEMANN, 1997, pp. 97 y ss; le siguen, BACIGALUPO SAGGESE, 1998; ID., 2011; GÓMEZ TOMILLO, 2016; ZUGALDÍA ESPINAR, 2013, pp. 67 y ss; ID., 2016; ID., 2019; GÓMEZ TOMILLO, 2010; ID., 2016; se propone un modelo *antrópico* de la heterorresponsabilidad basado en la *teoría de juegos* y en el *nuevo institucionalismo de la elección racional*, lo cuales fundamentan que la acción social sería un producto diferenciado de la simple suma de comportamientos de las personas, al objeto de corregir la *asimetría de la información*, y esto ayuda a avalar un modelo de transferencia, AGUILERA GORDILLO, 2018, pp. 222 y ss.

¹² Así, y alega que el modelo de transferencia vulnera el *ne bis in idem* por doble sanción penal a pesar de sólo existir un hecho, SILVA SÁNCHEZ, 2008a, pp. 129 y ss.

¹³ *Similarmente*, DEL ROSAL BLASCO, 2016, pp. 9 y ss; ID., 2018; GÓMEZ TOMILLO, 2016; LEÓN ALAPONT, 2020a, pp. 278 y ss; ROBLES PLANAS, 2006, p. 5 y ss; los votos particulares de la STS 154/2016 de 29 de febrero; Circular 1/2016 FGE.

¹⁴ FERNÁNDEZ TERUELO, 2020b, pp. 70 y 71; sobre que se trata de un modelo de heterorresponsabilidad según la Corte suprema de casación italiana, ID., 2020a, pp. 77 y ss.

¹⁵ El apartado b) del art. 31 bis CP sería propio del modelo de transferencia, y el a) de autorresponsabilidad, si bien descompensado a favor de la autorresponsabilidad, como se puede observar en el 31 *ter*, en la confesión del art. 31 *quater* y en las exenciones de responsabilidad del 31 bis 2, 3, 4 y 5, las circunstancias modificativas de los arts. 31 *quater* y 66 *bis* CP, entre otras y, en definitiva, la culpabilidad de la persona jurídica se trata de una ficción jurídica del comportamiento de la persona física que *no organiza adecuadamente a la sociedad*, FERNÁNDEZ TERUELO, 2020a, pp. 78 y ss., especialmente p. 81; ID., 2015, pp. 300 y ss; ID., 2019a, pp. 181 y ss; CIGÜELA SOLA, 2015, pp. 336 y ss; GÓMEZ TOMILLO, 2010; ZUGALDÍA ESPINAR, 2013, p. 74.

proche a la persona jurídica por su defecto de organización (según el modelo de autorresponsabilidad) será normalmente imprudente. El delito del subordinado sometido a control será normalmente doloso, mientras que la conducta de los gestores sociales o directivos que no han controlado eficazmente al subordinado será generalmente imprudente», lo cual lleva a que «el castigo de la persona jurídica, a través de tipos dolosos por un comportamiento normalmente imprudente (...) también entraría en aparente conflicto con el sistema de *numerus clausus* referido a la imprudencia previsto en el artículo 12 CP», ya sea forzando cualquier tipo de interpretación¹⁶.

La llamativa STS 154/2016, de 29 de febrero, por medio de la cual se fundamenta la responsabilidad de la persona jurídica en la autorresponsabilidad¹⁷ ha causado incompreensión en la doctrina en relación a la imputación del tipo y a la culpabilidad, creando discrepancia en si la cultura organizativa es un elemento del tipo, de la anti-juricidad o de la culpabilidad, pues su trascendencia afecta a quién tiene la carga de la prueba. Y es que el límite impuesto en nuestra Constitución, por el cual sólo se puede penar si hay culpabilidad, ha sido utilizado, por un lado, por aquellos que niegan la responsabilidad penal de la persona jurídica, máxime cuando ya está superado dicho escollo en la responsabilidad administrativa sancionadora como estableció el Tribunal constitucional¹⁸ y, por otro, por aquellos que han tratado de fundamentar la

¹⁶ FERNÁNDEZ TERUELO, 2020a, p. 83. Añade que «(u)na posibilidad pasaría por entender que las cláusulas de responsabilidad penal de la persona jurídica que se insertan en los diferentes preceptos de la parte especial, que la prevén, no son más que cláusulas de imprudencia *sui generis* en relación con hechos dolosos cometidos por las personas físicas. Incluso podría afirmarse que no existen especiales dificultades para castigar a la persona jurídica por imprudencia (defecto de organización) a través de tipos penales dolosos, al entenderse que el art. 66 bis CP incorpora criterios distintos al dolo y la imprudencia El artículo 66 bis CP establece los criterios para determinar la duración de las penas y lo haría prescindiendo del injusto y de la culpabilidad y atendiendo principalmente al efecto preventivo especial de la sociedad», ID., 2020a, pp. 83 y 84; similarmente, DE LA CUESTA ARAMENDI, 2012, pp. 16 y ss; se afirma que «el hecho de conexión es un presupuesto fáctico y un indicio de la responsabilidad y la pena de referencia un criterio para asegurar la proporcionalidad en las sanciones, pero ninguna de ellas funciona como fundamento de la responsabilidad de las personas jurídicas», FUENTES OSORIO, 2021, pp. 61 y ss. y lo explica en que «su responsabilidad no se limita a los delitos imputados a la persona física, ni depende de su condena por ellos, sino que será únicamente por los que sean imputables a su defecto de organización (es decir, de su propio injusto). Además, no se comunica

el ámbito de responsabilidad penal del autor material a la persona jurídica, cada uno responderá de las circunstancias que en ellos concurren», ID., 2021, p. 89; por ir en contra del principio de legalidad, si bien refiere que con la reforma del 2015 la fórmula de *incumplimiento grave de los deberes* se refiere a la imprudencia, PÉREZ MACHÍO, 2017, pp. 183 y ss.

¹⁷ Defiende la autorresponsabilidad, entre otros, POLAINO NAVARRETE, 2016, p. 44. En verdad se avala un modelo de *responsabilidad objetiva por el riesgo*, ROBLES PLANAS, 2006, pp. 5 y ss; al respecto sobre los elementos objetivos del tipo y los elementos de la antijuricidad y culpabilidad también críticamente contra esta sentencia, y adhiriéndose a la circular de la FGE 1/2016 en cuanto es un *modelo amplio de identificación*, como heterorresponsabilidad, o mejor, como responsabilidad objetiva por el riesgo, DEL ROSAL BLASCO, 2016, pp. 16 y ss; ID., 2018; similarmente, GÓMEZ TOMILLO, 2016; en cuanto infracción de deberes, GONZÁLEZ CUSSAC, 2015, pp. 158 y ss., especialmente p. 169; si bien realiza una propuesta *de lege ferenda*, entre otras: generalizar su responsabilidad penal a la mayoría de infracciones, establecer criterios de conexión específica del delito con los órganos sociales, con la estructura organizativa, política y tendencia económica, ID., 2020, pp. 343 y ss. En contra de que se trate de un modelo de responsabilidad objetiva, Díez RIPOLLÉS, 2012, pp. 14 y 15.

¹⁸ STC 246/1991, de 19 de diciembre. Ampliamente sobre la problemática y con la doctrina citada, FERNÁNDEZ TERUELO, 2020a, pp. 95 y ss.

imputación y la responsabilidad de la persona jurídica mediante la dogmática de las personas físicas (o mediante equivalentes funcionales), olvidando, creemos, que unas y otras no son semejantes, pues, en verdad, precisamente su diferencia permite realizar comparaciones de sus comunicaciones y su sentido. Esto significa, como trataremos de fundamentar, que la responsabilidad penal de la persona jurídica se asienta en la desorientación (riesgos) que provocan sus propias comunicaciones (el sentido de sus decisiones). Y es que, como se ha llegado a comentar, cuando las sociedades condenadas tienen un carácter instrumental delictivo o hay un acuerdo en su dirección es irrelevante que haya *compliance*¹⁹.

A la persona jurídica se le reprocha un injusto propio y autorresponsable, esta es la pretensión del legislador, sin embargo, sus presupuestos y fundamentos son incomprensibles como resulta del extenso debate doctrinal²⁰. El supuesto modelo de autorresponsabilidad del ente jurídico no criminaliza *per se* la desorganización autónoma del ente jurídico y, por ende, no puede hablarse de un auténtico modelo de autorresponsabilidad. Baste señalar que en el apartado b) del art. 31 *bis* 1 CP se exige que las personas físicas subordinadas hayan cometido el delito durante la actividad específica de supervisión, vigilancia y control²¹. Sin embargo, si la autorresponsabilidad deviene del defecto de organización ¿por qué se espera a que se cometa el delito por el tercero físico? A esto se alega que el fundamento y el presupuesto son distintos, esto es, el presupuesto de la responsabilidad es la ejecución de la persona física, pero su fundamento es por un injusto propio. Esto es entendible pues se refiere a que la persona jurídica entra en responsabilidad por un defecto de organización propio sobre el que se aprovecha o yerra luego el *intrañeus*. Pero, es más, ¿por qué hay que exigir que beneficie a la persona jurídica de alguna manera –directa o indirectamente– y que el hecho físico haya sido materializado por alguien que pertenece y actúa por cuenta de ésta como *intrañeus*?

Se ha comentado que el constructo actual fundamentaría, también, la responsabilidad penal de los animales, cuestión que con jocosidad ya se ha denunciado²², pues también son equivalentes funcionalmente (comunicación) ciertas jaurías que se organizan para matar a su presa, incluso a personas, sin embargo, la necesidad de aplicar el Derecho penal no supera el juicio de comunicar contrafácticamente la vigencia de la norma penal, ni éste es capaz de orientar conductas de animales, es decir, el premio/castigo pavloviano sigue estando en la naturaleza, incapaz de ser orientado confiablemente por normas jurídicas. En nuestra opinión, el Derecho penal puede

¹⁹ FERNÁNDEZ TERUELO, 2020b, p. 81, más concretamente, alega que no hay defecto de organización en la letra a) del 31 *bis* 1 CP, ni puede hablarse en la letra b) del mismo precepto de dicho defecto o de ausencia de cultura de cumplimiento, sino de incumplimiento de obligaciones específicas de control por las personas físicas encargadas, *Id.*, 2020a, pp. 98-101.

²⁰ Sobre las incoherencias dogmáticas, Díez RIPOLLÉS, 2012, pp. 7 y ss.

²¹ FERNÁNDEZ TERUELO, 2020a, p. 119; Díez RIPOLLÉS, 2012, p. 22.

²² ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, 2007, *vid.*, GRACIA MARTÍN, 2016, pp. 72 y ss.

orientar conductas de la persona jurídica, pues a través de las penas también se alcanza un nuevo saber propio, distinto al de las personas físicas²³. Además, con el actual modelo de autorresponsabilidad, también el Estado dogmáticamente puede ser responsable penalmente siendo arrastrado por la conducta dolosa o imprudente de malversación o bancarrota del Estado realizada por gobernantes, pues el que exige una protección a los ciudadanos, al menos en los tipos esenciales del Código penal, no puede dejar de cumplirla contra los ciudadanos²⁴. La propia función del Estado es presupuesto de la responsabilidad con base al deber de función de previsión, y esto mismo cabe decir por la propia función de los entes jurídicos, función delegada por el Estado precisamente porque la regula éste, y en ambos casos la norma y la pena pueden orientar conductas.

Los intentos de Gómez-Jara Díez²⁵ por fundamentar la capacidad de comportamiento y de culpabilidad (cultura de cumplimiento) del ente jurídico son los más depurados, tal y como reconoce incluso la doctrina más vehemente²⁶ contra la responsabilidad penal de la persona jurídica, sin embargo, a nuestro modo de entender, incurre en el error de tratar de explicar la dogmática de la persona jurídica con equivalentes funcionales²⁷, donde la capacidad de organización sería la capacidad de acción (equivalente a la de la persona física) y la libertad de autoorganización sería la capacidad de culpabilidad (igualmente equivalente a la de la persona física).

Debemos precisar que, aunque dicha traslación es correcta al objeto de evidenciar con la lógica psíquica (causas y efectos) la equivalencia de la semejanza del comportamiento injusto y la culpabilidad del ente con el de la persona física, no se repara en la premisa, esto es, que se trata de entidades distintas de modo que los presupuestos de responsabilidad no pueden ser idénticos. El observador, en nuestro caso, el sistema penal sólo puede comparar sus comunicaciones y establecer la unidad de la diferencia para reconocerlas, es decir, el sistema penal trabaja con el sentido positivo o negativo de la comunicación de un comportamiento natural. En este sentido, el ente jurídico realizaría comunicaciones de sentido propio, negativas contra la previa orientación del sistema penal, esto es, distintas a la sumatoria de las personas físicas

²³ Al respecto, ROSO CAÑADILLAS explica que, si bien la pena de prisión no puede orientar a la persona jurídica, sí otras, la pena de multa, la curatela o una intervención de la empresa/corporación, pues suponen *procesos de resocialización*, ROSO CAÑADILLAS, 2010, pp. 23 y ss.

²⁴ En este sentido, JAKOBS, 1997a, 29/74 y ss.

²⁵ La responsabilidad de las organizaciones se deriva de la *institucionalización de la autorresponsabilidad* organizativa, GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2006, pp. 15 y ss; ID., 2005, p. 75 y pp. 91 y ss; le sigue, entre otros, PÉREZ MACHÍO, 2017, pp. 191 y ss; similarmente, en el caso de las organizaciones criminales, SANTA RITA, 2015, pp. 386 y ss.

²⁶ Se refiere más bien a una *responsabilidad estructural relativa*, una responsabilidad penal sin culpabilidad, CIGÜELA SOLA, 2015, pp. 291 y ss; con fundamentos puramente antropocéntricos, GRACIA MARTÍN, 2016; ID., 2015, pp. 149 y ss; ID., 2018, p. 209; ID., 1997, pp. 103 y ss; BOLDOVA PASAMAR, 2013, pp. 252 y ss; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 2019, pp. 121 y ss; HORMAZÁBAL MALARÉE, 2018; en Alemania, especialmente, SCHÜNEMANN, 1988, pp. 529 y ss.

²⁷ GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2005, pp. 52 y ss. y 201 y ss. Críticamente, JAKOBS considera que precisamente lo que le falta a la persona jurídica es el *saber*, JAKOBS, 2003, pp. 338-342.

que la integran. Partiendo de esta premisa podremos llegar a establecer si la persona jurídica es otra cosa²⁸ que produce la misma comunicación que una persona física y, si en su caso, se precisa de una necesidad contrafáctica asegurativa o de penar²⁹ más allá de la civil o administrativa.

B. Problemáticas de imputación a la persona jurídica con el modelo actual

Si partimos de las premisas de la responsabilidad del art. 31 *bis* CP se puede comprobar en cuanto a lo que nos interesa, que la imputación penal depende de que un tercero *intrañeus* comience a ejecutar el tipo específico recogido también para la persona jurídica. Puesto que los límites de la responsabilidad total del ente jurídico se deben a la minoración de riesgos basta para la exoneración (mejor para evitar la imputación objetiva) tener una estructura organizacional tendente a decidir sobre qué riesgos puede generar la persona jurídica, decidir cómo atajarlos y finalmente ejecutar las decisiones en dicha relación de forma idónea, por lo que bastará con tener una estructura en permanente comunicación sobre la evaluación de riesgos, cercana a la hipotética comprobación, una estructura para ejecutarla (eliminar riesgos), pues no se exige en la norma un resultado para estas estructuras, es decir, no se exige ni encontrar ni eliminar todos los riesgos (límites del conocimiento), pero llama la atención que teniendo el ente jurídico capacidad para evitar riesgos no se exija tratar de eliminarlos, esto es, la facilidad de implementar premisas de decisión, que por cierto llevan a constatar la denominada cultura organizacional como complejo de premisas de decisión indecibles³⁰ para decidir adecuadamente (estructuras y decisiones), se relacionan con el tipo de riesgo, los límites de su conocimiento y la posibilidad de evitar. Por ejemplo, si un banco permite a sus clientes realizar operaciones en el ciberespacio, ha de saber y poder solucionar los ataques de *hackers*, pero también ha de saber que ante este tipo de riesgos la única forma de atajarlos es mediante un sistema preventivo de seguridad y para ello ha de contratar a personal cualificado y, asimismo, ha de comprobarse.

Pues bien, ante dicha dinámica, ese saber ni es compartido ni es absolutamente conocido por todos los miembros, sino que es recursivo y se materializa con la selectividad en cada estructura decisional que se fundamenta en una previa premisa de decisión (¡hay que tener dicha estructura que recoja información: función!). En caso de que dicha selectividad sea errónea porque en la acotación de la información se

²⁸ Se refiere RODRÍGUEZ RAMOS a que tienen la naturaleza de un *ens rationis cum fundamento in re*, es una *factio iuris vel facti*, RODRÍGUEZ RAMOS, 2011a, p. 5.

²⁹ Es llamativo que GRACIA MARTÍN reconozca que las penas del art. 33 en relación con el 66 *bis* aplicables a la persona jurídica no superan las consecuencias accesorias al objeto de menguar la *peligrosidad objetiva*, GRACIA MARTÍN, 2012, pp. 212 y ss; la persona jurídica no puede incumplir normas de determinación, se trata de: *sin culpabilidad objetiva semejante a la civil*; ID., 2016, pp. 34 y ss., especialmente pp. 56 y ss.

³⁰ Pero como premisas de decisión indecibles, LUHMANN, 2010, pp. 281 y ss. LUHMANN lo toma de: RODRÍGUEZ MANSILLA, 1991, pp. 140 y ss.

produce un error (el empleado mintió en su currículum o no se le formó en el campo estricto de sus competencias), dicho error igualmente es grave si era fácilmente comprobable (bastaba tener un supervisor para comprobar en poco tiempo que el empleado desconoce la operativa mínima del sistema de seguridad). Así las cosas, la responsabilidad parece relacionarse con la posibilidad de facilidad³¹.

Así las cosas, la responsabilidad civil/mercantil o administrativa se relaciona con la posibilidad de facilitación de medidas de seguridad, y esto tiene que ver con los recursos económicos de la entidad, de modo que si no dispone de recursos para implementar la seguridad tendrá que decidir si abordar la operativa riesgosa. En el ámbito penal sucede exactamente lo mismo, pero con la limitación de que la persona física (*intraeius*) ha de obrar por cuenta o en nombre³² (apartado a, art. 31 *bis* 1 CP) de la persona jurídica, o en el ejercicio de actividades sociales³³ y por cuenta (...) de las mismas (apartado b, art. 31 *bis* 1 CP), lo que excluye la responsabilidad de la persona jurídica en caso de cometer el delito fuera de tales actividades, pero, además, ha de ser en beneficio³⁴ directo o indirecto³⁵ de ella (antes de la reforma de 2015: en su provecho), añadiéndose, además, que la persona jurídica no haya implantado eficazmente modelos de organización y gestión de vigilancia y control idóneas para prevenir delitos de la misma naturaleza o para reducir significativamente el riesgo de su comisión, etc. (para los casos del apartado a, art. 31 *bis* 1 CP) o cuando el delito haya sido posible por el incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control (para los casos del apartado b, art. 31 *bis* 1 CP). Esto supone niveles de exigencia distintos³⁶, al exigirse menos para los casos de un delito cometido por

³¹ De este modo y en relación al límite superior de la temeridad y el límite mínimo del dolo, JAKOBS, 1997a, 9/24. Otros se refieren a que «solo podrán ser suficientes a los efectos de activar el modelo de responsabilidad, aquellos incumplimientos de las obligaciones de control, que la propia norma administrativa califica, como mínimo, como “graves”», FERNÁNDEZ TERUELO, 2019b, p. 15.

³² Algunos consideran que se trata de una cuestión subjetivo-objetiva (elementos subjetivos de tendencia, de carácter alternativo) que englobaría también la imprudencia, salvo actuar en intereses propios o al margen de sus funciones, DÍEZ RIPOLLÉS, 2012, p. 21. Refiere que se trata de una estructura *mixta alternativa objetiva*, POLAINO NAVARRETE, 2016, pp. 41 y 42

³³ Sobre el debate, FERNÁNDEZ TERUELO, 2020a, p. 127; bastaba con la referencia por cuenta, RAGUÉS I VALLÉS, 2017, pp. 32 y ss.

³⁴ Ampliamente sobre el concepto *en beneficio* como presupuesto de responsabilidad, también desde una perspectiva histórica y comparada, RAGUÉS I VALLÉS, 2017; también se alega que el beneficio no tiene que darse ni ser buscado intencionalmente por el autor físico, lo que lleva a una clara intención del legislador de cubrir la RPPJ en comisión imprudente, FERNÁNDEZ TERUELO, 2020a, pp. 48 y ss. y, más ampliamente, pp. 122 y ss; en el mismo sentido, FGE Circular /2011; PÉREZ MACHÍO, 2017, pp. 181 y 182. Si bien por nuestra parte, la defensa que se hace en cuanto que se trata de una tendencia objetiva es desafortunada, pues la tendencia significa intencional. Al respecto, la STS 455/2017, de 21 de junio (Roj STS 2528/2017 - ECLI:ES:TS:2017:2528). Refiere que la responsabilidad no recae tanto en el beneficio obtenido sino en que se actúe con tal *finalidad subjetiva*, POLAINO NAVARRETE, 2016, p. 42.

³⁵ Pudiendo ser actual o potencial, o a través de tercero, el ahorro, ni estrictamente económico como la ventaja, las expectativas de mejoras, también, por ejemplo, el prestigio/reputación y a través de éste la evitación del descenso de clientes/ingresos.

³⁶ Se refiere que «que, cuando se incumplen tales deberes positivos, no sólo responderán los subordinados por las actuaciones por ellos realizadas, sino también los dirigentes por la comisión de la conducta legalmente exigida de evitación», POLAINO NAVARRETE, 2016, pp. 54 y ss.

un autorizado, pero se desconoce si se refiere al desvalor de la acción y/o del resultado, si por dolo y/o imprudencia, lo que lleva a pensar que se trata de una exigencia de gravedad en la acción o en el resultado, ya sea por dolo o imprudencia.

Aquí, el requisito de la gravedad del incumplimiento señala que debe haber una conexión de imputación entre el comportamiento y el resultado, o su evitabilidad, a esto se refiere la expresión atendida las concretas circunstancias del caso (apartado b, art. 31 *bis* 1 CP), que el delito no se hubiera cometido si se hubiesen aplicado los debidos controles, lo cual significa, en verdad, que aun no disponiendo de éstos si el delito se hubiese cometido igualmente en caso de que hipotéticamente se tuvieran, no cabe conexión de imputación del resultado, es decir, de capacidad de exigibilidad de evitabilidad, pues se trata más de una cuestión de la institución de la imputación objetiva que de incapacidad de culpabilidad por inexigibilidad de otra conducta conforme a Derecho (en los delitos de comisión por omisión)³⁷, lo cual es extensible, dogmáticamente, también a los casos del apartado b del citado precepto, al tratarse de cuestiones de capacidad de evitación y su exigibilidad.

En definitiva, no se comprende por qué se exige que la persona física actúe en beneficio, ya sea objetiva, subjetiva, dolosa o imprudentemente, cuestión que si bien la normativa europea parece exigir, sin perjuicio de discrepancias en la terminología de cada legislación³⁸, lo cierto es que choca con el propio fundamento de responsabilidad de cualquier injusto penal (no sólo los claramente de tendencia), máxime en los imprudentes, en injustos en autoría y participación (¡también en la autoría mediata!) o personalísimos, pues en todos ellos pueden existir perjuicios u otras motivaciones (tentativa, unas lesiones propias, dañar a los clientes)³⁹, y sin llegar al extremo de EEUU en que aun haciendo todo lo posible la persona jurídica que obtenga beneficios responda penalmente (si bien atenuadamente) por el comportamiento de la física, y que la pena responda más bien a reprimir dicha ventaja a causa del delito⁴⁰. En efecto, dicha exigencia de *compliance* parece deberse a cuestiones de política criminal para que las entidades traten de participar a través de dicha cultura en sus

³⁷ Así también, FERNÁNDEZ TERUELO, 2020a, pp. 129 y ss. Añade que el contenido del incumplimiento se refiere a lo normativo de las obligaciones administrativas, mercantiles o civiles (obligaciones genéricas y específicas), ID., 2020a, pp. 131 y ss. y, especialmente, para la gravedad, al menos que sea grave en el régimen administrativo sancionador, sin perjuicio de la contradicción penológica de la regla 2ª del art. 66 bis CP que rebaja la sanción penal a un máximo de 2 años para en dichos supuestos del apartado b) del art. 31 bis CP cuando el incumplimiento no sea grave, ID., 2020a, pp. 143 y ss.

³⁸ Al respecto, alguna legislación no lo exige expresamente: en la legislación penal de Portugal existe la expresión *interés*, y el CP francés exige *por su cuenta*, interpretado como una cuestión de beneficiar, RAGUÉS I VALLÉS, 2017, pp. 51 y ss. y pp. 60 y 61.

³⁹ El beneficio como una cuestión de responsabilidad por el riesgo, pero en una vía intermedia entre el derecho administrativo y el penal mediante una regulación especial, ROBLES PLANAS, 2006, pp. 18 y 19; otros comentan que «la exigencia de la actuación en beneficio no es más que una reliquia del Derecho de daños estadounidense», RAGUÉS I VALLÉS, 2017, p. 79.

⁴⁰ Sobre este debate, RAGUÉS I VALLÉS, 2017, pp. 69 y ss.

propios fines lícitos, pero del todo incorrecta dogmáticamente y escasamente fundamentada político-criminalmente⁴¹.

Pues bien, si este es el presupuesto del incumplimiento del deber en los delitos de omisión de la persona jurídica, no se entiende que haya que esperarse a que un tercero *intrañeus* ejecute un hecho físico, ni que tenga que beneficiarle el delito de éste, directa o indirectamente, pues lo que se juzga es la facilidad de implementación en relación a la propia decisión riesgosa y los límites del conocimiento, cuyo incumplimiento pasa a la forma de decisión riesgosa como cualquier tipo de peligro, o en su caso, cuando se da el resultado de la imprudencia grave como injusto propio. Al fin y al cabo, el sentido de la comunicación es el mismo: se incrementa el riesgo y se incumple un deber positivo por un sujeto que tiene funciones delegadas del Estado.

Lo llamativo es que en relación al apartado b) del art. 31 *bis* 1 CP, la omisión por asunción personal de los superiores por incumplimiento de los controles a los subordinados físicos (los ejecutores físicos, en principio también responsables), en relación al art. 11 CP, puede llevar a su responsabilidad en comisión por omisión cuando hayan tenido capacidad de evitación (legal, contractual o por injerencia en el riesgo), arrastrando también a la persona jurídica, lo cual nuevamente genera problemas de imputación de la tipicidad a la persona jurídica si los superiores obran con imprudencia grave, los subordinados obran dolosamente y el tipo penal correspondiente no tiene fórmula imprudente, debiendo ser, al parecer, atípico el comportamiento de la persona jurídica, es decir, sólo si el comportamiento de los superiores es doloso se podría atribuir responsabilidad a la persona jurídica⁴². Y, sobre esta base, hay quienes alegan la responsabilidad penal del *compliance officer*, sobre lo que volveremos *infra*.

Aquí ya puede subrayarse que si bien el TS⁴³ reconoce que a la persona jurídica no se le responsabiliza por un delito de omisión de programas de cumplimiento normativo⁴⁴, debemos hacer hincapié en que, en nuestra opinión, existe un deber especial que se inicia antes, si se quiere desde su formación, por lo que el argumento del TS es muy estricto *ex lege*, lo cual afecta a la carga de la prueba⁴⁵ como explicaremos *infra*, pero no es dogmático.

Además, llama la atención que si el comportamiento de la persona física está justificado se tienda a considerar que no hay injusto ni responsabilidad de la persona jurídica⁴⁶. Dicho de otra forma, una interpretación como la de antes, llevaría a que el

⁴¹ Máxime en delitos sin finalidad lucrativa (delitos de daños, financiación del terrorismo), y aboga por la eliminación de la actuación en beneficio, para criminalizar infracciones graves de los deberes de evitar (*culpa in vigilando*) que perjudiquen a los intereses de otros o colectivos, al igual que en los casos de las personas físicas, RAGUÉS I VALLÉS, 2017, pp. 91 y ss. y pp. 152 y ss; NIETO MARTÍN, 2009, pp. 47-70.

⁴² En el mismo sentido, FERNÁNDEZ TERUELO, 2020a, pp. 172 y ss.

⁴³ Por ejemplo, la STS 123/2019, de 8 de marzo (Roj: STS 757/2019 - ECLI:ES:TS:2019:757).

⁴⁴ Ampliamente, GÓMEZ-JARA DíEZ, 2019, p. 9 especialmente.

⁴⁵ Al respecto y sobre la referida sentencia del TS, GÓMEZ-JARA DíEZ, 2016a, pp. 12 y ss.

⁴⁶ DíEZ RIPOLLÉS, 2012, p. 15.

comportamiento de la persona física no sería un presupuesto de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En nuestra opinión, esto avalaría un modelo de heteroresponsabilidad o de autorresponsabilidad limitada de participación de la persona jurídica, pero para una auténtica autorresponsabilidad dichas circunstancias (por ejemplo, justificación o inculpabilidad) no deberían comunicarse a la persona jurídica⁴⁷, pues esta tiene sus propios deberes especiales (personalísimos), por lo que sería en autoría.

III. Fundamentos para una auténtica autorresponsabilidad

A. *Racionalidad del sistema. Unidad de la diferencia y premisa de la responsabilidad penal: el saber propio*

Utilizando el método explicativo de la teoría de sistemas de Luhmann, llama la atención que no se haya renunciado al elemento paradójico, al modelo antropocéntrico⁴⁸, cuando, en verdad, según fundamentos que iremos asentando en este trabajo, las personas (físicas y jurídicas) producen comunicación a partir de sistemas sociales de comunicación. En un modelo diferencial se puede comprender la autorresponsabilidad de un ente ficticio que deja de serlo desde el mismo momento en el que produce comunicaciones singulares de sentido en los sistemas sociales, esto es, en los mismos sistemas en los que las personas se comunican (Derecho, Economía, Política, Ciencia, etc.⁴⁹), pues son las personas sus sistemas de interacción con esos sistemas⁵⁰. Se trata de establecer precisamente la unidad de la diferencia⁵¹ y, a partir de ahí, encontrar qué sentido tiene la comunicación producida por el ente jurídico: en qué sistema y si dicha operación es positiva o negativa en el ámbito de observación.

Para dicha comprobación no puede equipararse el comportamiento humano y su culpabilidad con las operaciones de un ente jurídico a través de la tradicional teoría jurídica del delito, sino que de lo que se trata es de demostrar su diferencia comunicativa en el sistema del Derecho penal, en definitiva y como decíamos, si produce comunicaciones, ya no equivalente, sino semejantes al de las personas físicas y que interesan positiva o negativamente al sistema del Derecho penal. La cuestión a tratar es si el todo del ente jurídico, su comunicación, se diferencia de todas las partes (personas), si el sentido de su comunicación contradice la previa orientación del sistema penal (riesgos objetivos o resultados), y si el Derecho penal puede, a través de la pena o medidas contrafácticas, reorientar a la persona jurídica.

Las personas físicas comunican a través de medios o fines, siempre como sistemas

⁴⁷ Se comenta que sí resulta necesario que obre con dolo o imprudencia, FERNÁNDEZ TERUELO, 2020a, pp. 105 y ss.

⁴⁸ Así lo apunta parte de la doctrina, RODRÍGUEZ RAMOS, 2011a.

⁴⁹ LUHMANN, 1998.

⁵⁰ LUHMANN, 2007, pp. 377 y ss.

⁵¹ Al respecto, LUHMANN, 2007, p. 62.

psíquicos, mientras que en la jurídica su racionalidad es distinta, o mejor, no tiene racionalidad psíquica pero puede producir comunicación entre las partes. La generalización de expectativa de sujetos físicos ante sujetos jurídicos lleva a una confianza que produce una comunicación bilateral diferenciada. Sobre esta confianza, si bien suele haber intermediarios, el empleado, las personas cumplen un sistema de interacción de la comunicación en cada determinado sistema.

Así, lo que distingue a un ente jurídico de otro, también a las personas físicas, son sus decisiones, siempre distintas a la de cualquier otro. Sobre estas decisiones hay que comprobar cuáles entran en el Derecho penal en un sentido negativo o positivo (punible/no punible), pues si se toman decisiones es porque depende de uno y no de otro, y así la diferenciación entre persona física y jurídica es respecto a que la decisión de la persona jurídica es distinta a la propia de las personas físicas (*intraeas*) que la integran. Sólo así puede diferenciarse la autorresponsabilidad de un ente físico del ente jurídico. En las organizaciones como en las personas jurídicas las decisiones no son adoptadas por pura autonomía del sujeto físico y su entorno, sino que se toman teniendo en cuenta lo que se tiene dentro de la organización (estructura interna: departamentos, roles, etc.) y fuera (entorno), de modo que la selectividad de la información de una parte y otra⁵² queda reducida a una lógica propia más diferenciada en aquellos casos en los que se cuenta con una estructura empresarial más simple.

Si la persona jurídica puede ser víctima de delitos esto se debe a que la comunicación que produce el autor físico afecta a ella autónomamente, sin perjuicio de que concurren otras víctimas, y esto, en efecto, es comunicación. Así, si puede recibir comunicaciones es porque puede aprehenderla (*input*), lo cual supone que también pueda rechazarla, esto es, nuevamente producir comunicación referencial (*output*) y, entre ellas, una considerada atentatoria (*input*) del Sistema de la Sociedad, concretamente en el subsistema penal⁵³.

El modelo actual de (pseudo-)autorresponsabilidad, pero también el de heterorresponsabilidad, siguen anquilosados en la tradición de las teorías de la acción causal y final como acciones aisladas⁵⁴, es más, siguen ancladas en la concepción de medios/fines, sin embargo, si partimos de que las organizaciones son sistemas, los medios pueden constituir fines y los fines medio. En este sentido, la organización no tiene voluntad (¡menos psíquica!) ni puede tenerla⁵⁵, sino más bien su propia racionalidad, pero tampoco es preciso buscarla con equivalentes funcionales.

⁵² Pues todos debemos contar con la contingencia que suponen los otros (*alter*) en nuestras propias expectativas: *doble contingencia*. Al respecto, LUHMANN, 2009, p. 125; MEAD, 2009.

⁵³ JAKOBS, 1997a, 6/21.

⁵⁴ LUHMANN, 1983, pp. 9 y ss.

⁵⁵ Desde otra perspectiva y partiendo de la concepción significativa de la acción de VIVES ANTÓN, MARTÍNEZ-BUJÁN estima que ni la acción ni la culpabilidad pueden ser escollos dogmáticos para admitir responsabilidad penal de las personas jurídicas, MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2011, pp. 532 y ss.

Los programas de fines en la persona jurídica (*output*), a diferencia de los programas condicionales (*input*)⁵⁶, en cuanto a lo que nos interesa, se reconocen en la forma generalmente económica, y salvo excepciones, en su código de comunicación dinero/no dinero. De aquí que, en principio, la persona jurídica sólo podría cometer delitos económicos, pero, en verdad, la instrumentalización de dicho fin, en verdad, puede llevar a otros tipos no estrictamente económicos, de peligro concreto o de resultado, también *de lege ferenda*, al delito societario del art. 294 CP y contra los derechos de los trabajadores de los arts. 316 y 317 CP⁵⁷.

Aquí importan entonces la estructura y el proceso en un único sentido como doble selectividad⁵⁸, esto es, las causas y efectos de una organización pueden tener un valor u otro para el Derecho penal en el sentido, como apunta Luhmann, que «es posible comprender y programar series causales de muy compleja índole, sin que haya de generarse un consenso axiológico completo que deba cubrir la totalidad del acontecer. Así, y sólo así, se puede organizar la cooperación humana en procesos decisorios en alguna medida complejos»⁵⁹, haciendo, entonces, de los fines medios unas veces, y de los medios fines otras, y así la reducción de complejidad se produce «a través de la formación de subsistemas que, aunque también estén dotados de una compleja organización interna, pueden ser tratados como unidades partiendo de determinadas perspectivas decisorias»⁶⁰. De aquí que lo que trata de identificarse como programa de cumplimiento, y en sí, el *compliance officer* y otros departamentos o roles, siempre sea una estructura dependiente del todo, pues, por un lado, la información que obtiene viene de otras partes de la estructura de la organización (o del entorno), y la comunicación que produce siempre es seleccionada, por lo cual llega la información limitada a las demás estructuras, claramente a la alta dirección y viceversa.

Estas razones fundamentan que una organización, máxime la institucional, tenga un saber propio, ajeno al de cada individuo⁶¹, a través de la mencionada operación de selectividad de la información entre estructuras y procesos, y cuando de dicho saber se determina la absorción de incertidumbre como no improbable se pueda comprobar el riesgo objetivo o en su caso la neutralidad (conforme a la norma⁶²). Así que la responsabilidad de la persona jurídica sólo pueda fundamentarse por ser objetiva. En este sentido, las decisiones que toma una organización, en nuestro caso la persona

⁵⁶ LUHMANN, 2010, pp. 304 y ss.

⁵⁷ La regulación española no diferencia claramente en los delitos societarios entre la imputación dolosa (cultura o filosofía empresarial) y la imputación por imprudencia (organización defectuosa), BOLDOVA PASAMAR, 2013, p. 250. Críticamente respecto a la no inclusión del 316 CP, quizá porque la ampliación a tipos de peligro llevaría a incluir los de lesión y, por ende, las lesiones y el homicidio por imprudencia profesional, FERNÁNDEZ TERUELO, 2020a, p. 39.

⁵⁸ LUHMANN, 1983, p. 243.

⁵⁹ LUHMANN, 1983, pp. 245 y 246.

⁶⁰ LUHMANN, 1983, p. 247.

⁶¹ LUHMANN, 2010, p. 222.

⁶² LUHMANN, 2010, p. 235.

jurídica, no son psíquicas, pero pueden producir la misma comunicación de sentido⁶³. De aquí viene que una organización criminal pueda considerarse como tal aquella que pone en peligro al Sistema social, aunque las aportaciones de los sujetos sean imprudentes o neutras.

He aquí que desde las decisiones se puedan alcanzar los fines (sociales, criminales), pero para que estos sean óptimos y no simple azar hace falta anticiparlas mediante premisas de decisión y programas, y para esto también hay que compararlas con el pasado, enviando información seleccionada pero perdiendo de este modo la combinación lógica⁶⁴, o mejor, con gran dosis de confianza. Un proceso así ya no puede comprenderse como fin ni como racionalidad de la acción, sino como racionalidad del sistema (saber propio)⁶⁵, y esto mismo fundamenta que sea a través de su saber propio (y decisiones) la premisa por la cual el ente jurídico puede realizar comunicaciones contra el sistema penal y recibir de éste otras (penas y medidas) con capacidad de reorientar su conducta (nuevo saber/nueva decisión).

B. La decisión de la persona jurídica como fundamento de imputación

Lampe señaló que los sistemas de injusto son sistemas sociales, construcciones sociales con un fin asocial, cuya suma de individuos y operatividad posibilita la organización mediante la comunicación interna y constante al igual que sucede en otros tipos de sistemas sociales, esto es, son sistemas de injusto en donde las personas perpetrar el injusto sistémico a través de la imputación colectiva⁶⁶.

Al respecto, Luhmann explicaba que la organización supone un modo particular de formar sistemas⁶⁷. Las organizaciones son sistemas históricos no calculables, pero, a la vez, reductores de la complejidad, de modo que cada decisión de las personas de la organización produce una operación en la organización que trata de absorber la incertidumbre para transformarla en certidumbre. En este sentido, las organizaciones no están constituidas por personas sino por roles (expectativas de comportamiento), y son sus roles los que producen comunicación por eso el sistema de conciencia de cada sujeto no es relevante en la organización⁶⁸ pero sí el estatus competencial de su membrecía. La membrecía a una organización se refiere al

⁶³ LUHMANN, 2010, pp. 91 y 114.

⁶⁴ LUHMANN, 1983, pp. 254 y ss.

⁶⁵ Acertadamente comenta LUHMANN que «(e)l proceso decisorio, pues, se aplica constantemente a sí mismo, tornándose reflexivo (...) y esto es lo mismo que decir: un incremento de la capacidad de reducir complejidad», LUHMANN, 1983, p. 305.

⁶⁶ LAMPE, 2003, pp. 97 y ss. También se comenta que en el delito de organización existe una institución antisocial que se constituye con independencia de los miembros como sistema de injusto o injusto sistémico autónomo, SILVA SÁNCHEZ, 2004, p. 1075; ID., 2008b, pp. 87 y ss; ID., 2013b, pp. 35 y ss.

⁶⁷ LUHMANN, 2005c, p. 140.

⁶⁸ LUHMANN, 2005b, pp. 49 y 50, y 82 y ss; ID., 2013b, p. 203.

cálculo económico de utilidades, a la vinculación contractual conforme a la organización y a un interés de carrera⁶⁹ y, en nuestro caso, a la carrera criminal⁷⁰.

Interesan en la organización las decisiones que se producen sobre la premisa del saber propio para averiguar si existe un sentido criminal. Es más, las decisiones sólo pueden ser comunicadas si también se comunican las posibilidades descartadas, pues de lo contrario no se comprenderían como decisión⁷¹. Entonces, hay decisiones decidibles a través de premisas de decisión, y otras indecidibles, de manera que se introduce a través de la decisión una forma cultural organizacional que hace referencia explícita o implícitamente a la historia propia de esa organización⁷². Así, sólo mediante la programación la organización alcanza cierta causalidad y diferenciación con otros sistemas.

Este tipo de organización es una institución⁷³ por su alta complejidad y garantía que genera confianza, y de aquí surgen deberes inherentes a la adhesión a tal institución⁷⁴, pero fundamentalmente deberes del ente para con terceros. Esto simplifica el problema de que una organización (criminal o persona jurídica) puede comunicar el mismo sentido criminal que una coautoría, pero de mayor calado cuantitativo y cualitativo, precisamente porque en las organizaciones complejas la comunicación a través de la decisión alcanza tal grado de diferenciación organizacional que hace que se identifique como tal⁷⁵. En este sentido, las personas quedan como sistemas de interacción de la comunicación propia de la organización consigo misma o con otras personas físicas o jurídicas. Es decir, en la conjunción de las personas físicas de la persona jurídica hay cierta incumbencia por fallos en la selectividad de la información (en principio irrelevante), salvo cuando el programa de fines sea criminal o en coautoría imprudente.

En este sentido, la responsabilidad de la persona jurídica sólo puede fundamentarse a partir de la imputación objetiva de un riesgo del que es competente en cuanto a decisión, pues es en ésta donde la exigibilidad de la posibilidad del saber y en el saber cómo evitarlo e implementarlo se unen como propia condición de la autorresponsabilidad en la decisión o no decisión: esas decisiones, si bien no son psíquicas, pueden producir la misma comunicación⁷⁶.

Esto se debe, utilizando la opinión de Lampe⁷⁷, a que en la organización como sistema de injusto se hace posible el intercambio de sus partes, de sus sujetos, lo

⁶⁹ LUHMANN, 2010, pp. 139 y 140.

⁷⁰ Por eso «(e)l rol de miembro, en este sentido, es una fórmula global de acoplamientos estructurales, cuyas irritaciones son elaboradas –de manera muy distinta, no integrable y continuamente sorprendente– en los sistemas psíquicos y en las organizaciones», LUHMANN, 2010, pp. 139 y 140.

⁷¹ LUHMANN, 2010, pp. 88 y ss.

⁷² LUHMANN, 2010, pp. 280 y 285; ampliamente, GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2006, pp. 8 y ss.

⁷³ LUHMANN, 2010, p. 255.

⁷⁴ LUHMANN, 2010, p. 239.

⁷⁵ LUHMANN, 2010, p. 92.

⁷⁶ LUHMANN, 2010, pp. 91 y 114.

⁷⁷ LAMPE, 2003, p. 111; POLAINO-ORTS, 2009a, p. 395; SANTA RITA, 2015, pp. 358 y 371.

mismo que fundamenta Roxin⁷⁸ sobre la fungibilidad o intercambiabilidad de los miembros en la autoría mediata en los aparatos organizados de poder, pero con el matiz de que en este tipo de aparatos, en nuestra opinión, cada uno es autorresponsable.

Dicho esto, se atisba que el fundamento de punibilidad se puede hallar en la idoneidad para defraudar las expectativas con capacidad de comunicar una inseguridad cognitiva (con capacidad de evitación). en definitiva, a través de la selectividad de la información y con esta las decisiones.

IV. Bases para la imputación objetiva

A, *Imputación de ¿peligros o riesgos?*

El modelo actual de responsabilidad penal de la persona jurídica ha obviado una cuestión. Toda decisión es riesgosa desde el momento en el que no se pueden garantizar absolutamente las consecuencias. La decisión produce riesgos y, por lo tanto, es una cuestión de elección de la posibilidad, mientras que los peligros son ajenos a las decisiones (la caída de un rayo)⁷⁹. También omitir una decisión es una decisión. La decisión trae el futuro actualizado ampliando la certidumbre, pero nada más, siempre supone un riesgo⁸⁰. La responsabilidad de la decisión, también de la persona jurídica, se relaciona entonces con la verosimilitud de la realización de un hecho y su evitabilidad, y no en la certidumbre del hecho y de su evitabilidad. De aquí que los ciudadanos tengan confianza en las personas jurídicas al contratar sus productos, o que otra persona jurídica confíe o no en otra jurídica, de modo que la confianza promueve la generalización de expectativas respecto a ese algo⁸¹. El sujeto físico o jurídico puede decidir o no, pero en ambos casos existe riesgo, y así cada conducta en cuanto decisión no está libre de riesgo⁸², salvo, y esto es lo importante, que el sistema penal asuma ciertas decisiones como peligros sin relevancia penal.

La relación entre la expectativa normativa que producen las decisiones de la persona física o jurídica en el sistema penal y la naturaleza (entorno) es simultánea, para bien (positivamente valorada por el sistema penal) o para mal (negativamente valorada por el sistema penal, al menos, por ejemplo, en cuanto riesgo de infección), lo cual siempre lleva adjunta la incontrolabilidad⁸³ de la barrera del riesgo permitido y no permitido, pues, el riesgo producido por un sujeto es el peligro de otros⁸⁴. De este

⁷⁸ ROXIN, 2000, pp. 269 y ss., y 723 y ss; FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, 2006, pp. 122 y ss.

⁷⁹ LUHMANN, 2013a, p. 323. Sobre la *teoría de la decisión*, RESNIK, 1998.

⁸⁰ KNIGHT, 1921.

⁸¹ LUHMANN, 2006, pp. 47-50.

⁸² LUHMANN, 2006, p. 74.

⁸³ LUHMANN, 2006, p. 49.

⁸⁴ LUHMANN, 2006, p. 82.

modo, la persona jurídica tiene un deber *sui generis*⁸⁵ especial de salvamento en los riesgos potenciales de su actividad por cuanto produce decisiones riesgosas con el mismo sentido que el de las personas físicas. En nuestra opinión, la persona jurídica tiene un deber de que el riesgo no nazca, y de aquí que la cognoscibilidad y los límites del riesgo en cada suceso presupuesten la imputación, y sin perjuicio de que el legislador penal los limite, eso sí, por cuestiones de política criminal, no dogmáticas.

Interesa entonces al Derecho penal dos problemas relacionados con la diferenciación de riesgos y peligros de los entes jurídicos: en primer lugar, si ese riesgo o daño que es propio de la decisión de la persona jurídica y no de la sumatoria del conjunto de intervinientes, es del todo relevante para el Derecho penal (también hay casos en los que un riesgo insignificante puede producir un daño inmenso con el tiempo, pero de igual manera la persona jurídica tiene el deber de observar dicha insignificancia en cuanto decisión/cognoscibilidad); y, en segundo lugar, si esta consideración de la racionalidad del sistema, autónoma del sumatorio de voluntades intervinientes en su formación, es suficiente para comunicar un sentido negativo jurídico-penal, independientemente de los autores físicos. De este modo hemos delimitado los riesgos y peligros, esto es, los primeros en cuanto decisión o no decisión se refieren a una incumbencia *sui generis* y especial de la persona jurídica, los segundos son aquellos sobre los que no se puede decidir y, por lo tanto, absolutamente incontrolables. Dicha diferencia ayuda a determinar los límites de la imputación penal de la persona jurídica en relación a las personas físicas como sistemas de interacción.

B. El deber de la persona jurídica: ¿por organización o por infracción de deber?

Gracias a que existe una familiaridad con el riesgo no se impide el contacto social⁸⁶, La persona jurídica, al tener una función delegada del Estado en la economía y en ciertos fines sociales, tiene capacidad de producir comunicaciones masivas, de aquí que tenga un deber mayor que otro tipo de sujetos y organizaciones, precisamente por la alta complejidad de sus operaciones y porque, además, el ente jurídico continuamente se dirige a los ciudadanos, inclusive en el caso de decisiones respecto a otra persona jurídica. No hay persona jurídica que no se comunique con personas físicas, tanto *intraneus* como *extraneus*, pues éstas son precisamente el sistema de interacción en las organizaciones jurídicas.

En este sentido, se diferencian deberes en el desempeño de un rol común cuando existe deber de aseguramiento, asunción, confianza o en la estrecha comunidad de

⁸⁵ SILVA SÁNCHEZ, entre otros, refiere que una responsabilidad penal *sui generis* de la persona jurídica más bien significa que no es una responsabilidad *stricto sensu*, SILVA SÁNCHEZ, 2013b, p. 27.

⁸⁶ Ciertas conductas si bien producen riesgos tienen una permisividad porque fomentan el contacto social (interacción), JAKOBS, 1997b, pp. 172 y ss., p. 212; LUHMANN, 2005a, pp. 181 y ss; PIÑA ROCHEFORT, 2005, p. 394; POLAINO NAVARRETE, 2016, p. 105; POLAINO-ORTS, 2009b, p. 47.

vida/comunidad del riesgo/lealtad⁸⁷, pero en los roles especiales (delitos de infracción de deber) estos fundamentos de responsabilidad están tasados estrictamente de forma más concisa, lo cual sirve para concretar la cláusula de correspondencia entre omisión y comisión, pero el fundamento es el mismo: el *neminem laedere*⁸⁸. Sin embargo, en los deberes especiales se amplía la libertad de tal forma que se atribuye más responsabilidad. La confianza en las relaciones especiales supone un foco de imputación especial⁸⁹, no común, debido a que se genera una confianza especial (y previa garantía que genera confianza) tanto en las instituciones como en su estructura, según la cual se puede delimitar la posición de garante especial⁹⁰.

Lo relevante es que en la representación (el saber o no saber) de la persona jurídica exista una racional idoneidad del ámbito de organización objetivamente⁹¹ (idoneidad intercomunicativa⁹²), a pesar de una inidoneidad objetiva, o en la imprudencia el error en la no improbabilidad del resultado, siempre y cuando entre comportamiento y resultado exista una relación jurídica de verosimilitud de la no improbabilidad. Cómo decíamos, la persona jurídica por su complejidad tiene una obligación jurídica estricta (especial) de no producir riesgos, mayor a la de cualquier ciudadano (rol común), precisamente por la regulación que precisa el Estado (constitución, funcionamiento, productos: obligaciones y deberes tasados). Como comenta Díez Ripollés «(e)n realidad, transmite la idea de que los poderes públicos renuncian en parte a ejercer, o perfeccionar, sus tareas preventivas y persecutorias penales, que se trasladan a centros de poder privados»⁹³, lo que en nuestra opinión ratifica la idea de que estamos ante un modelo de delitos de infracción de deber⁹⁴. Esta obligación la tiene con sus propios integrantes físicos (medidas de seguridad e higiene) pero también respecto a las personas físicas o jurídicas externas. Y dicha obligación es especial por cuanto desde la constitución de la misma (también aún sin registrar sigue siendo una organización), por cuanto ella, y sólo ella asume legalmente el control del riesgo interno y externo en tanto decisión.

Según los postulados que hemos ido asentando a las personas jurídicas se les debe exigir más pues intermedia una organización compleja y permanente que fundamentaría ya la anticipación de las barreras de punibilidad, esto es, que estén organizadas

⁸⁷ JAKOBS, 1997a, 29/70.

⁸⁸ JAKOBS, 1997a, 28/4 y 29/28. Críticamente, y con la doctrina que ahí se cita, GRACIA MARTÍN, 2016, pp. 23 y ss.

⁸⁹ Se ve claramente en las relaciones de división del trabajo y de confianza, más allá de la relación horizontal o vertical ascendente o descendente, PIÑA ROCHEFORT, 2005, pp. 387 y ss.

⁹⁰ PIÑA ROCHEFORT, 2005, p. 423. Sobre el principio de confianza, ampliamente, MARAVER GÓMEZ, 2009, pp. 368 y ss.

⁹¹ JAKOBS, 1997a, 25/1a. y 25/36; GIMBERNAT ORDEIG, 1962, p. 570.

⁹² JAKOBS, 1997a, 25/15.

⁹³ Díez RIPOLLÉS, 2012, p. 4.

⁹⁴ Similarmente, en cuanto que la empresa es una fuente en sí misma de peligro, entonces, el fundamento de responsabilidad lo es por el dominio sobre la fuente de peligro, SCHALL, 2004, p. 278; y, KÄMPER, 2015, p. 56, *vid.*, y en el mismo sentido, PÉREZ MACHÍO, 2017, p. 202.

de un modo tal que no irroguen riesgos a terceros (¡y como delito de estatus!): por eso, aunque la persona jurídica tenga organización su responsabilidad se fundamenta como institución: garantía previa que genera confianza especial en terceros (sociedad/ciudadanos) y confianza especial que genera garantía en cada intercomunicación posterior con terceros concretos (también el padre que permite los abusos sexuales a su hijo comete un injusto propio que parte de una desorganización en la gestión del riesgo, pero especial: ¡por infracción de deber!)⁹⁵.

En este sentido, también hay que precisar que la causalidad y el resultado en los delitos de omisión de infracción de deber no puede compararse a la de los delitos comisivos⁹⁶, aunque inclusive en éstos el resultado es un hecho fenomenológico que escapa de la certeza. Lo que interesa averiguar es, entonces, si un riesgo ha determinado el resultado, si entre el quebrantamiento del deber (de aseguramiento o salvación) y el resultado producido hay una relación de riesgo jurídico, y para dicha operación se ha de contar con la valoración jurídica de los límites del conocimiento y la no improbabilidad⁹⁷ de que se produzca un resultado, pues éstos nutren de información también a la persona jurídica.

Para la imputación del injusto propio a la persona jurídica ha de aclararse otra vez que los miembros físicos de una persona jurídica, en principio, no tienen un conocimiento exacto de los riesgos, ni tampoco los altos cargos, directivos, administradores, pues lo que saben proviene de la selectividad de la información, y de ahí la pérdida en cada uno de ellos (ya sea la comunicación horizontal o vertical: más bien sistémicas), de una lógica estricta y completa de los conocimientos y riesgos (salvo comunicación/comportamiento criminal particular de esos autores físicos *intraneus*). Sólo la organización (el sistema de injusto) sabe mucho más (más bien otro saber) que la sumatoria del saber de cada sujeto físico, claro está, salvo instrumentalización dolosa del saber para fines delictivos.

Desde cada persona física el criterio de la superación del riesgo permitido en el saber propio (cognoscibilidad) del ente jurídico ha de ser analizado con un juicio de pronóstico *ex ante* en relación jurídica con lo acontecido *ex post*: ya sea riesgo o

⁹⁵ Y es que, en verdad, parte de la doctrina, en concreto ROBLES PLANAS, ve cierto sentido en que la persona jurídica tiene «el deber general de evitación de ciertos delitos (graves)», ROBLES PLANAS, 2006, p. 17, nota 33, similarmente, RODRÍGUEZ RAMOS, 2011b. Comenta ROBLES PLANAS que «(s)ea cual sea la perspectiva que se adopte, lo cierto es que con las reglas de definición de la tipicidad de las conductas (reglas de imputación) no es posible afirmar que la infracción de deberes organizativos constituye un comportamiento directamente típico del delito que se produzca. En todo caso, tales infracciones pueden llegar a calificarse, desde el punto de vista estructural, como omisiones del deber de cuidado que facilitan (o implican el peligro de facilitar) la comisión de delitos (por parte de personas físicas)», ROBLES PLANAS, 2006, p. 7. Pero añade que «la persona jurídica puede constituirse por su propia dinámica, efectivamente, en un “estado peligroso”», ROBLES PLANAS 2006, p. 15.

⁹⁶ Sobre esto, en contra de la teoría de la *conditio sine qua non*, la teoría de la evitabilidad, la teoría del riesgo y la teoría de la causa adecuada, BARDAVÍO ANTÓN, 2020. Ampliamente, con la doctrina que se cita y su crítica, GIMBERNAT ORDEIG, 1962, pp. 543 y ss; también críticas de: JAKOBS, 1997a, 7/5 y ss; MARTÍNEZ ESCAMILLA, 1992, pp. 192 y ss. y 235 y ss.

⁹⁷ JAKOBS, 1997a, 7/35 y ss.

resultado. De modo que subyace el principio de confianza de forma especial, como confianza que genera garantía, pero también en la previa garantía que genera confianza, entre las estructuras y miembros que las forman ante los terceros, elementos que sirve para concretar dicha relación variable según el entorno interno y externo, no en sí el *quantum* del riesgo⁹⁸.

Pero, en nuestra opinión, el deber de previsión elemental de la persona jurídica, máxime ante la cognoscibilidad del riesgo (no improbabilidad), induce a trasladar la responsabilidad cuando la operatividad del sistema elude (decisión), al menos, las normas de previsión mínimas (omisión del deber de organización, vigilancia, control y supervisión). Llama la atención que en nuestro caso la diversificación de competencias y la selectividad de la información sin lógica completa, salvo para el propio ente, supone confundir el verdadero fundamento de responsabilidad de la persona jurídica, en lo que se intuye que no es un claro defecto de organización en la previsión social y de seguridad del deber de garante sino derivado de su función irrenunciable como en el caso del Estado⁹⁹.

C. La persona jurídica como garante del riesgo: solución al actual modelo mediante la pluriautoría y el autor detrás del autor

En contra de los que han declarado que el actual modelo se trata de una participación, o exactamente una cooperación necesaria de la persona jurídica, el FJ 1º de la STS 516/2016, de 13 de junio, perfiló que se trata de una autorresponsabilidad por autoría. En nuestro caso, la exigibilidad de previsión es una cuestión de imputación objetiva (no hace falta culpabilidad en sentido psicofísico), ya no como causa de exclusión del tipo¹⁰⁰ sino de imposibilidad de atribución del tipo, pues en el tipo la cognoscibilidad (ese saber propio materializado a través de la decisión) es lo que es precisamente exigible y fundamentaría la imputación y la autorresponsabilidad. Es más, que el riesgo de resultado sea insignificante no elimina la imputación, sino que precisamente la fundamenta desde el momento en que, si se da el hecho base, los riesgos ulteriores que no pueden ser controlados también pueden comportar riesgos

⁹⁸ SCHÜNEMANN propone en la relación causal de la elevación del riesgo la siguiente formulación: «Si el resultado se produce mediante una actuación para una empresa ajustada a las instrucciones o con un objeto peligroso del patrimonio de la misma, se aplicará también el parágrafo 13.1 StGB (o bien el 8.1 OWiG) a los sujetos autorizados para dictar aquellas instrucciones, siempre que los debidos controles hubieran dificultado considerablemente (wesentlich) el hecho», SCHÜNEMANN, 1988, p. 541. Propone un «delito concreto-abstracto de peligro con el que la imprudencia del obligado a la vigilancia haya de comprender la contravención por él posibilitada o (según la teoría de la elevación del riesgo) facilitada y en el que quedara comprendido el efecto de la infracción del deber de vigilancia, que va más allá de la concreta contravención –la puesta en peligro de la seguridad en la empresa–, en forma de la aptitud para la posibilitación de más contravenciones», en concepto de cómplice, SCHÜNEMANN, 1988, pp. 550 y 551 y nota 63.

⁹⁹ Sería contradictorio que estuviera dirigido sólo a los ciudadanos y no al Estado también, JAKOBS, 1997a, 29/74 y ss., especialmente –y con la doctrina que se cita en las notas 153 y ss.

¹⁰⁰ Similarmente, si bien lo enmarca como exclusión de la tipicidad objetiva, CIGÜELA SOLA, 2015, pp. 291 y ss.

objetivos para el mismo bien¹⁰¹. Por eso la imputación y la responsabilidad de la persona jurídica procede del saber propio y la decisión conforme a aquel y no en la cultura de cumplimiento¹⁰², pues, como comenta Jakobs¹⁰³, no es lo mismo que una madre ante la noticia de que su hijo está grave en el hospital salga apresuradamente olvidando apagar la plancha, y por lo que se produce un incendio (otros duermen), que salga apresuradamente a la tienda que regenta porque acaba de recibir nuevos modelos.

Pues bien, llegados a este punto, vamos a comparar los fundamentos de responsabilidad del actual art. 31 bis CP con los fundamentos que hemos ido desarrollando para una auténtica, aunque provisional, responsabilidad objetiva del ente jurídico por el riesgo, para así comparar casuísticas desde uno y otro postulado, y veremos si efectivamente se cumplen paradojas en el primero como la teoría nos ha advertido.

Así las cosas, se comenta que los delitos de la persona jurídica son por omisión impropia¹⁰⁴ (o por acción: intercambiabilidad de la acción y la omisión). Por nuestra parte, la especialidad del deber constituye una responsabilidad personalísima, lo que significa que su responsabilidad es por infracción de deber¹⁰⁵, por lo tanto, en concepto de autor, si bien hay quienes precisan que se trata de una participación impropia¹⁰⁶.

La evolución jurisprudencial y dogmática lleva cada día más, y con sólidos argumentos a la imputación objetiva de las relaciones de riesgo al competente, siendo cada día menos relevante la causalidad y evitabilidad del resultado (caso *Contergan*, *Colza* y *Prestige*)¹⁰⁷. La teoría tradicional de la evitación y la teoría del riesgo se sustentan en comprobar en los delitos de omisión si un comportamiento correcto hu-

¹⁰¹ JAKOBS, 1997a, 9/36.

¹⁰² Circular FGE 1/2016; también, MONTANER ; FORTUNY, 2018, pp. 11 y ss.

¹⁰³ JAKOBS, 1997a, 29/100.

¹⁰⁴ En este sentido, FERNÁNDEZ TERUELO, 2019b, p. 4; y, además, en imprudencia, ID., 2020a, p. 82; lo fundamenta en una posición de garante derivada de la ley, dependiendo la imputación objetiva de los requisitos de este tipo de delitos en comisión por omisión, RODRÍGUEZ RAMOS, 2011a, pp. 5 y ss; ID., 2016, p. 2.

¹⁰⁵ Se comenta que «no hay nexo jurídico-penalmente suficiente entre la infracción del deber de organización de la persona jurídica y la lesión producida por la persona física», ROBLES PLANAS, 2006, p. 15.

¹⁰⁶ BOLDOVA PASAMAR, 2013, pp. 246; SILVA SÁNCHEZ, 2013b, p. 35.

¹⁰⁷ Al respecto comenta MIRÓ LLINARES que «el TS (...) descarta la necesidad de un resultado delictivo de lesión o de peligro, pero no la imputación objetiva, dado que exige la idoneidad de la conducta para la causación del riesgo jurídicamente desaprobado; hasta el punto de declararse expresamente que “la situación de peligro no sería elemento del tipo, pero sí lo sería la idoneidad del comportamiento efectivamente realizado para producir dicho peligro”», MIRÓ LLINARES, 2013, p. 8. Al respeto nombra el caso *Contergan* (Auto del LG Aachen, de 18 de diciembre de 1970) que tuvo gran repercusión en España, concretamente en la STS de 12 de mayo de 1986 y en la STS 1014/1992 de 8 abril y STS 455/1992, de 28 febrero, en las que se considera la relevancia entre el riesgo creado y el fin de protección de la norma. Comenta que «lo relevante (...) era la declaración de que en el ámbito de la empresa, y por ende en cualquier otro, la tipicidad de la conducta no dependerá de la valoración de la relación natural entre esta y el resultado sino de la adecuación de la misma en el sentido de generadora de un resultado jurídicamente desaprobado», MIRÓ LLINARES, 2013, p. 6. Por nuestra parte, también se puede nombrar la STS 865/2015, de 14 de enero de 2016 (Roj: STS 11:2016 - ECLI: ES:TS:2016:11), sobre el caso *Prestige* por el *vínculo normativo o axiológico*, FJ 21°.

biera evitado el resultado o disminuido el riesgo (conducta dentro del riesgo permitido), por lo cual ambas, en verdad, se basan en una salvación hipotética¹⁰⁸. Por nuestra parte, y como bien sostienen las merítadas sentencias, basta con el incumplimiento del deber y la relación de riesgo con el resultado (ejercicio de salvación idónea)¹⁰⁹.

Es más, el propio Gómez-Jara reconoce que la doctrina original (Lampe, Heine)¹¹⁰ que ha fundamentado la autorresponsabilidad de la persona jurídica señala el deber especial de ésta para con el riesgo. Sin embargo, tanto Heine como Gómez-Jara¹¹¹ no aciertan, a nuestro entender, en apreciar que dicha conclusión no lleva a considerar que se trata de un defecto de organización, pues la desorganización (natural) también es una forma de infracción de deber si existen obligaciones especiales. Se ha comentado que Heine y Gómez-Jara siguen un modelo de semi-analogía con la dogmática penal de la persona física. Al respecto, Gracia Martín llama la atención en que la culpabilidad por la organización «sería semejante, esto es, análoga a la de la persona física en supuestos como los de *actio libera in causa* o de comisión de un delito en estado de embriaguez, pues en éstos la culpabilidad no se fundamenta en el hecho lesivo mismo cometido en la situación y en el momento de ausencia de culpabilidad, sino en el hecho anterior de no haber tomado las medidas de precaución necesarias —por ejemplo, no embriagarse— para evitar la comisión de hechos delictivos»¹¹². Pero esto nos parece incoherente. Basta un ejemplo para explicarlo: al padre que deja de alimentar a su hijo no se le responsabiliza por la organización, que también, sino porque incumple un deber especial.

En verdad, cuando en un mismo delito cada uno obra de forma independiente, doloso uno, imprudentemente otro, podemos acudir a la autoría accesoria (*Ne-bentäterschaft*) sin mayor problemática¹¹³. Sin embargo, tanto en el modelo de autorresponsabilidad como en el de heterorresponsabilidad se parte de la ejecución dolosa o imprudente en delitos independientes y esto supone un problema. Si el ejecutor físico actúa con dolo se crea la problemática de si la persona jurídica, que ha actuado

¹⁰⁸ Como afirma JAKOBS «(e)l concepto de riesgo es hijo de la incertidumbre y la incertidumbre es hija de los límites del conocimiento», JAKOBS, 1997a, 29/20. MARTÍNEZ ESCAMILLA explica también que «(l)o decisivo será si el resultado es de aquellos cuya producción la norma de cuidado infringida tenía por misión evitar o reducir», MARTÍNEZ ESCAMILLA, 1992, p. 236.

¹⁰⁹ JAKOBS, 1997a, 29/20; similarmente, con su crítica a esas teorías, MARTÍNEZ ESCAMILLA, 1992, p. 192 y ss. y 235 y ss. Ésta misma cita en España a: GIMBERNAT ORDEIG, 2007; (también citamos nosotros, ID., 1962, pp. 573 -580); BERISTAIN IPIÑA, 1979, pp. 118 y 119; *vid.*, MARTÍNEZ ESCAMILLA, 1992, pp. 238 y ss.

¹¹⁰ GÓMEZ-JARA señala respecto a HEINE, que «(u)na formulación genérica de su teoría reza como sigue: la empresa debe ser considerada un garante supervisor con unos deberes especiales de evitación de riesgos y de supervisión, y ello debido a que los riesgos típicos de la actividad empresarial sólo pueden ser controlados mediante un *management* de riesgos (*Risikomanagement*) adecuado», GÓMEZ-JARA DíEZ, 2019, p. 9. Se refiere a las siguientes obras, entre otras: HEINE, 1995, pp. 311 y ss; ID., 2006, pp. 24 y ss; LAMPE, 1999, pp. 86 y ss.

¹¹¹ GÓMEZ-JARA DíEZ, 2019, p. 10.

¹¹² Al respecto, GRACIA MARTÍN, 2016, p. 18.

¹¹³ ROBLES PLANAS, 2000, pp. 224 y ss.

antes o durante de forma imprudentemente, ha condicionado el resultado, en cuyo caso cabe la posibilidad de la aplicación de la prohibición de regreso. Al revés, si el ejecutor físico obra con imprudencia y la persona jurídica prevé el resultado surge la problemática de si esta segunda tiene dominio final del hecho, por lo que parece difícil que pueda existir simple participación, o en todo caso sería una autoría imprudente (consciente) en el delito imprudente del físico. Pero en caso de que la persona jurídica obre con dolo, el título de imputación podría ser como partícipe o como autor. En estos casos existe división en la doctrina, lo cual es precisamente también una problemática en la responsabilidad de la persona jurídica. Nosotros nos decantamos por la autoría de la persona jurídica y física, sin necesidad de acudir a la autoría mediata, pues tanto la una como la otra tienen dominio funcional del hecho pues precisamente cada una cumple una función respecto al deber de salvamento, y porque resulta dogmáticamente complicada la participación imprudente en el delito doloso del ejecutor físico, si bien hay quienes alegan la participación imprudentemente en los delitos imprudentes del ejecutor¹¹⁴, por ejemplo, se plantea en el *compliance officer* como veremos *infra*.

Dicho todo lo que precede en estas páginas, ya podemos plantear unos lineamientos de cuatro estadios de imputación de la persona jurídica.

El primero, y en principio *de lege ferenda*, estaría relacionado con la producción de riesgos por incumplimientos específicos, por decidir o no decidir cuando era exigible para mantener la garantía de confianza de la seguridad cognitiva de terceros. En este caso, la responsabilidad de la persona jurídica sería objetiva por el riesgo y a título de autor por infracción de deber (deber personalísimo), máxime en tipos de peligro y sin conexión ni intervención de sujetos físicos individualizables.

El segundo, también en principio *de lege ferenda*, serían casos en los que el autor físico es *extraneus* y existe conexión entre su aportación y la infracción de deber de la persona jurídica. Aquí se encierra un constructo de pluriautoría o autoría simultánea¹¹⁵ en el que ambos responden por un injusto propio al tener comportamientos de ejecución propios. El dejar hacer de la persona jurídica (tanto dolosa como imprudentemente) a la persona física se refiere a una infracción de deber de evitar relaciones de riesgo con el resultado material o jurídico.

El tercero, el actual modelo vinculado a una construcción también de pluriautoría

¹¹⁴ Ampliamente sobre las discusiones en la teoría, ROBLES PLANAS, 2000, pp. 232 y ss.

¹¹⁵ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO explica que en la pluriautoría cada interviniente realiza una acción completa de autoría consumada o intentada, de modo que cuando no hay acuerdo únicamente se deriva que no se es coautor, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991, p. 397. Su planteamiento además de diferenciar la coautoría y la pluriautoría en que en la primera la conducta completa el tipo, incluye el acuerdo para diferenciarlos, lo que en nuestra opinión no resulta necesario desde el funcionalismo normativo. Es verdad que lo problemático en ambos casos es que en la autoría simultánea, por regla general, sólo el último autor, el físico, podrá consumir el hecho (JAKOBS, 1997a, 21/109), lo que llevaría a que la persona jurídica obre en tentativa impune cuando obra imprudentemente, pero consideramos que esta problemática se puede resolver con el modelo propuesto de autor detrás del autor.

o autoría simultánea donde el autor físico es un *intrañeus* y donde el autor de detrás, en verdad, es la persona jurídica, y esto se debe a que en el pasado incumplió un deber del que luego se aprovecha el autor físico de delante doloso o mediante dicho incumplimiento se impulsa/facilita descuidadamente al autor físico a comportarse imprudente. Este caso, más que de una autoría mediata (no hay subordinación en la ejecución¹¹⁶) se trata de supuestos especiales de pluriautoría (autoría simultánea) si bien es cierto que la construcción de una coautoría¹¹⁷, en nuestra opinión funcional sistémica (sin acuerdo), y desde la perspectiva del funcionalismo normativo podría caber si se flexibiliza el principio de reciprocidad¹¹⁸.

Sin embargo, cabe una cuarta posibilidad que podría incluirse en el actual modelo: que no exista simultaneidad. Por ejemplo, serían aquellos casos en los que los deberes especiales de salvación de la persona física y jurídica estuvieran desconectados y cada uno fuera productor del resultado jurídico, lo cual hallaría mejor acomodo en la figura del autor detrás del autor¹¹⁹. Trataremos de explicar este supuesto en lo que sigue.

En el injusto propio de la persona jurídica se contemplan comportamientos previos aparentemente impunes que luego con la ejecución de la física constituyen actos punibles con claridad como un todo del injusto propio de la persona jurídica (esto mismo se ve en los fundamentos de la coautoría imprudente por un obrar descuidado conjunto¹²⁰, lo mismo en coautorías funcionales sin acuerdo mutuo, pero también en el autor detrás del autor o en la coautoría gracias a una flexibilización del principio de reciprocidad), pero, en verdad, estos comportamientos previos marcan la punibilidad propia de la persona jurídica a la que se añade la de la persona física en su caso, esto es, puesto que consideramos los programas de organización y gestión una cuestión de imputación objetiva (no de un elemento del tipo ni de la inculpabilidad), su incumplimiento ya se trata de una forma de ejecución (o de consumación del riesgo en los delitos de peligro atribuibles o de riesgo relacionado con el resultado) de los delitos correspondientes a la persona jurídica. No se trata que la persona física cometa una conducta antijurídica y culpable, basta que cometa el tipo, pero que se dé dicho cometimiento no excluye que su obra pertenezca como obra propia a la persona

¹¹⁶ JAKOBS, 1997a, 21/109 y ss.

¹¹⁷ A favor de la coautoría, GÓMEZ RIVERO, 2010, p. 352; parece referirla por omisión de deberes positivos, POLAINO NAVARRETE, 2016, p. 60. En nuestra opinión, el error de todos los planteamientos que niegan la coautoría proviene de exigirse generalmente una «imputación recíproca» muy estricta, esto es, que sea necesario que todos los intervinientes incumplan las mismas exigencias de cuidado, de modo que si uno incumple deberes de organización y otro institucional, no se cumpliría la coautoría.

¹¹⁸ Ampliamente sobre las problemáticas, BARDAVÍO ANTÓN, 2018, pp. 739 y ss. y 759 y ss.

¹¹⁹ Sobre las discusiones doctrinales, BOLEA BARDÓN, 2000, pp. 115 y ss. y 140 y ss; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, 1991; HERNÁNDEZ PLASENCIA, 1996, pp. 333 y ss; HIRSCH, 1999, p. 204; HRUSCHKA, 2005, pp. 175 y ss; JAKOBS, 1997a, 21/109 y ss; ROBLES PLANAS, 2000, pp. 246 y ss; ROXIN, 2000, pp. 167 y ss; SÁNCHEZ-VERA, 1998, pp. 347 y ss.

¹²⁰ ROXIN afirma que «(l)o mismo es aplicable al supuesto en que un grupo, mediante obrar conjunto descuidado, causa un resultado sin que pueda verificarse quién del grupo ha realizado con su propia conducta, la aportación causal», ROXIN, 2000, p. 741.

jurídica. Esto se debe a que el *cometimiento*¹²¹ de la persona física que refiere el art. 31 *bis*. CP es una cuestión que normativamente también puede suponer un plus cualitativo de la antijuricidad del comportamiento de la persona jurídica, no sólo en su caso la obra propia de la persona física que *comete* el delito o la obra común de otras personas físicas que constituyen la entidad, es decir, tenemos tres partes, la persona jurídica, la persona física que comete o ejecuta el delito pero impunemente como si de un evento fenomenológico se tratara y la persona física que comete o ejecuta el delito responsablemente.

A este respecto, la propuesta de Cigüela Sola¹²² es interesante a pesar de opinar que no existe en la persona jurídica responsabilidad penal sino civil. Su propuesta de comprensión se basa en una responsabilidad estructural relativa que tiene similitudes con lo que aquí se afirma, que la estructura organizativa viene compuesta ya no por sujetos sino por *metasujetos* (sujetos físicos pasados y presentes que conforman una biografía de la identidad del ente) que se distribuyen en normas formales (autorregulación regulada) e informales, lo cual constituye una interacción que genera cierta influencia que puede producir un injusto (sistema de injusto) por medio de incentivos, favorecimiento o falta de control. La imputación objetiva vendría dada por una infracción no personal del deber de mantener una organización dentro del riesgo permitido y su conexión con las acciones individuales del posible delito, esto es, si la estructura, por ejemplo, el *Compliance*, ha promovido o favorecido la conducta individual delictiva según el grado de influencia (falta de orientación), lo cual constituiría una responsabilidad como injusto estructural objetivo, accesorio e incompleto. Su propuesta comparte con la nuestra los sistemas de interacción como sujetos de comunicación con los sistemas (la organización y el Derecho penal), lo que propicia una forma de anonimato del comportamiento delictivo de los sujetos físicos respecto del comportamiento delictivo del ente jurídico (imposibilidad de individualización). Y, si bien es cierto, que la persona jurídica depende de la decisión del órgano de administración, lo cual lleva a negar el sistema de autorresponsabilidad, lo cierto

¹²¹ Nos parece interesante resaltar aquí la opinión de GONZÁLEZ CUSSAC. Comenta que *cometer* (o realizar) el delito del art. 31 *bis* CP no se identifica con *ejecutar* el tipo, *cometer* se refiere tanto a la autoría como a la participación, mientras que *ejecutar* exclusivamente se refiere al autor material. Esto es importante pues se desconoce si la persona jurídica puede cometer o ejecutar el delito (respecto a una accesoriedad limitada o mínima objetiva), puesto que si la persona jurídica no puede cometer el delito, sólo la física, no puede hablarse de autoría o de participación, entonces, la participación de la persona jurídica sólo puede vincularse a la conducta del autor como persona física, por ende, no cabe hablar de autoría y participación de personas físicas o jurídicas respecto a un delito cometido por una persona jurídica; es similar a la responsabilidad de las personas físicas en la asociación ilícita u organización criminal en virtud del modelo de atribución como *coparticipación*. Se refiere también, por un lado, a que el título de imputación se circunscribe a la ejecución de la acción típica y ofensiva de los bienes jurídicos, sin que haya más exigencia para el partícipe, por otro, a que el delito ejecutado por la persona física determina el grado de ejecución y la pena, GONZÁLEZ CUSSAC, 2020, pp. 117 y ss. y pp. 339 y ss; respecto a la atribución por coparticipación, SILVA SÁNCHEZ, 2008b, pp. 97 y ss.

¹²² CIGÜELA SOLA, 2015, pp. 291 y ss. CIGÜELA SOLA determina diferentes estructuras de menor a mayor influencia en los delitos: 1. Estructuras preventivas. 2. Estructuras neutras. 3. Estructuras no controladoras o facilitadoras. 4. Estructuras incentivadoras. 5. Estructuras anuladoras como los Estados totalitarios.

es que dicha decisión, salvo los casos dolosos de instrumentalización, también depende de la selectividad de la información de los sistemas de interacción (personas físicas de la persona jurídica). Es decir, la persona jurídica puede consumir por sí misma el tipo de los delitos de peligro atribuibles a la persona jurídica sin depender de la ejecución de la persona física, pues basta el cometimiento por personas físicas, esto es, por falta de imputación objetiva, por error o por infortunio.

Tal y como decíamos, el art. 31 *bis* CP refiere que las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos *cometidos* por las personas físicas *intraeius*. En este sentido, la persona jurídica viene integrada (siempre) por personas físicas, lo cual genera un elemento circular que lleva a que la persona jurídica respondería ya no por el conjunto de las personas físicas sino por el sustrato de su comunicación como obra propia. Esto significa que no sólo la persona física que comete el delito es a la que parece aludir el precepto, sino también a las aportaciones de las demás personas físicas mediante las cuales la persona física concreta ejecuta el tipo (injusto propio), pero en este caso ese conjunto de personas físicas incurriría en un error de prohibición o de tipo invencibles (les falta información o se les da información incorrecta o falsa), en falta de imputación objetiva o en infortunio. Es más, el art. 31 *ter* CP establece que la responsabilidad es exigible cuando se constate la comisión de un delito «que haya tenido que cometerse», lo que supone cierta presunción¹²³ de que se ha tenido que cometer por la persona física (autor de delante), sin embargo, al referirse el art. 31 *ter* CP a que «siempre que se constate la comisión de un delito», parece más bien referirse a que se den los presupuestos del tipo. No obstante, el 31 *bis* CP también puede referirse tanto al *cometimiento* en la sumatoria de las personas físicas en su totalidad o parte que integran a la persona jurídica como medio para el resultado del injusto propio de la persona jurídica, como a la propia *ejecución* de la persona física (autor de delante y su injusto propio). Esto es: la falta de cumplimiento también se refiere a un principio de ejecución imputable a la persona jurídica (autor de detrás) a través de todos los integrantes físicos, y la última persona física (autor de delante) también puede cometer o ejecutar otro injusto propio. Esto se asimila a los casos en los que cada padre deja de alimentar a su hijo sin saber que el otro también lo está haciendo, o cada uno deja de alimentar a uno de los hijos.

Con este modo de plantear el debate se consigue, por un lado, acabar con la posibilidad de la prohibición de regreso en la que incurre el actual modelo, por otro lado, fundamentar en la persona jurídica un injusto propio y previo como garante institucional (autor de atrás) de las conductas de las personas físicas por acometimiento o por ejecución impune en el caso de la persona jurídica que aportan al autor físico de delante los medios para su propia ejecución responsable. En este sentido, el resultado se puede dar sin individualización de persona física o en pluriautoría o coautoría en imprudencia inconsciente leve (sin error volitivo previo pues de lo contrario sería

¹²³ Crítica que el precepto pueda establecer esta presunción, POLAINO NAVARRETE, 2016, p. 44.

imperdonable) de los subordinados y autorizados, que no merezca reproche penal precisamente por tal difuminación de la responsabilidad.

Así, la responsabilidad de la persona jurídica sería por un sistema de injusto con independencia de los delitos fin o imprudentes cometidos por sujetos *intra-neus*.

V. ¿Imputación subjetiva? Límites del riesgo en la imputación penal: cognoscibilidad y capacidad de evitación

El debate doctrinal sobre la imputación subjetiva de la persona jurídica no acaba de cerrarse¹²⁴. Con base a la intercambiabilidad de la acción y la omisión, si bien en los delitos de comisión el dolo se refiere a una causalidad no improbable de que se realice el tipo, en los delitos de omisión el dolo se refiere a una apreciación por parte del sujeto (consciencia) de una oportunidad no improbable de que el tipo se va a realizar completamente, pero mientras que para la imputación del resultado en los delitos de comisión hace falta comprobar cierta relación de causalidad, en los de omisión se ha de comprobar la causalidad hipotética del comportamiento: en nuestro caso de análisis en la decisión de omitir el deber, cuestión que aparece sólo cuando hay opción de comportamiento y no en los restantes casos¹²⁵.

Y es que, en verdad, cuando se omite, a diferencia de los delitos de comisión en los que el querer y la acción tienen un fin causal, ese querer (decisión) de la persona jurídica se dirige al no actuar porque, esto es, falta un objeto idóneo sobre el que causar algo; entonces, la decisión, ese querer, se circunscribe a la no realización de una acción salvadora y, en verdad, el dolo en los delitos de omisión de las personas físicas es un *cuasi-dolo*, es algo más grave y diferencial a la imprudencia en los delitos de omisión, el dolo no se completa sobre la causación probable del resultado, sino en la causación segura del no hacer como representación de la improbabilidad del resultado¹²⁶. Dicho de otra forma, la persona jurídica más que dolo en los delitos de infracción de deber tiene *cuasi-dolo*. De esto deviene que el dolo (completo/directo) sólo se refiera a las personas físicas que son miembros de la persona jurídica como injusto propio en delitos de acción (por ejemplo, no protestando, dejando pasar

¹²⁴ Ampliamente sobre el debate, si como traslación similar de la imputación subjetiva de las personas físicas, o que el defecto de organización es una cuestión de dolo e imprudencia sobre el conocimiento del riesgo según los caos, o si se trata exclusivamente de una imprudencia consciente, PÉREZ MACHÍO, 2017, pp. 183 y ss.

¹²⁵ Al respecto: «(e)n ocasiones, se postula que el dolo en el delito de omisión consiste en una resolución o en una decisión de omitir. Pero es desacertado, ya que una resolución o decisión —si éstas han de ser más que el conocimiento de lo venidero— sólo se ejecutan por parte del autor en caso de alternativa de comportamiento», JAKOBS, 1997a, 29/82.

¹²⁶ Y comenta JAKOBS que «(a) partir de este desacoplamiento con respecto a la forma de evitabilidad y este acoplamiento a lo material, la dolosidad (entonces ya sólo cuasi-dolosidad) de la omisión no sólo no tiene nada que ver con una resolución o con un querer activo, sino tampoco necesariamente con el aspecto de consciencia del dolo, es decir, con el conocimiento de la realización del tipo (...) Por consiguiente, para lo más grave, es decir, para el comportamiento cuasi-doloso, no hay que exigir el conocimiento de la capacidad de evitación (de la causalidad salvadora hipotética), sino sólo la cognoscibilidad», JAKOBS, 1997a, 29/83.

la ocasión¹²⁷ o de ejercer sus competencias, y lo mismo sobre los que supervisan), pero también el dolo completo puede nacer del saber propio de la persona jurídica por la selectividad de la información. Puede decirse, entonces, que la relación de imputación en los delitos de omisión es más amplia que la relación causal en los de comisión, pues en aquéllos la falta de suceso es el fundamento de la imputación (una omisión no es causal), lo cual no es ápice para negar la imputación ni para sostenerla, pues si bien cierta causalidad es un principio de la imputación no supone su fundamento jurídico-penal, sino que sería el quebrantamiento del deber de salvación, o dicho con otras palabras, la relación jurídica entre comportamiento y riesgo/resulta-
do.

Si partimos de lo expuesto, que la persona jurídica tiene un *cuasi-dolo* en los delitos de omisión, la totalidad del tipo se verá limitada por la configuración del entorno y por su complejidad y se le precisará a la persona jurídica conocer paso a paso cómo actuar en el deber de salvación¹²⁸. En ese paso a paso (por ejemplo: contratación, ejecución, finalización) se va conociendo en función de los datos (selectividad) pero siempre provisionalmente: riesgosamente. Aquí nos sirve un punto de partida según lo afirmado por Jakobs: «sólo puede importar si a la omisión dolosa al menos pertenece la consciencia de poder iniciar medidas de auxilio, ante la perspectiva de un resultado no improbable (entre las cuales se encuentra también el mero examen de la situación), o si en el delito de omisión no hay nada paralelo al conocimiento de la causalidad en el delito doloso de comisión»¹²⁹, pues el error en la falta de conocimiento de cómo evitar los resultados riesgosos o lesivos de la vigencia de la norma, podrán llevarse a la forma imprudente¹³⁰. Por eso, la consciencia de quebrantar el propio y estricto deber de garante no pertenece al dolo típico sino al injusto (error de prohibición), pero sí los conocimientos que hacen que un determinado sujeto sea el garante¹³¹.

Por otro lado, la confianza mal valorada es lo que puede llevar a un pronunciamiento de imprudencia grave en la omisión¹³². Entonces, en nuestro caso, a la persona jurídica, tanto si hubiera querido evitar el salvamento como si descuidó el deber

¹²⁷ LUHMANN, 2010, p. 120.

¹²⁸ JAKOBS, 1997a, 29/85, 29/87 y 29/89-90.

¹²⁹ Y añade que «(e)n favor de esta última solución habla el hecho de que, al conocer el peligro y la posición de garante, el autor conoce los presupuestos de su responsabilidad y ya depende de él “a partir de la situación percibida (...), decidirse a modificar esta situación (...), y a tal efecto sopesar la posibilidad (¡o las posibilidades!) de intervenir” (...) El autor conoce su acción y conoce el resultado, pero no repara en el nexo causal», JAKOBS, 1997a, 29/86.

¹³⁰ JAKOBS, 1997a, 29/87.

¹³¹ Tanto en la responsabilidad de aseguramiento por organización como en la responsabilidad institucional en la salvación. Por eso comenta JAKOBS que «el autor de la omisión, siempre que tenga dolo y falten causas de justificación, por lo general conocerá también la antijuricidad material de su omitir (si es que no ignora el delito en absoluto, también como delito de comisión)», JAKOBS, 1997a, 29/89-90.

¹³² Señala JAKOBS que «(e)l tipo del delito imprudente de omisión se distingue del doloso simplemente en que, en lugar del juicio de que la realización del tipo objetivo es al menos no improbable (dolo), se sitúa la cognoscibilidad individual de que la realización del tipo objetivo no es improbable», JAKOBS, 1997a, 29/93.

de salvamento, la cognoscibilidad (saber propio) supone un presupuesto de imputación. Concretamente, en los comportamientos imprudentes (por el que aboga parte de la doctrina en la responsabilidad penal de la persona jurídica¹³³) y en su graduación (temeridad/gravedad, menos grave o levedad) hay que atender a la facilidad¹³⁴ que hubiera constituido el comportamiento debido de la función jurídica del ente, en relación a bienes jurídicos de especial protección, de lo cual se extrae que se exceptuaría la imputación cuando no hubiera sido posible sin una gran dificultad (imprudencia leve atípica), mientras que la imprudencia menos grave adquiriría sentido para casos de cierta dificultad.

En el caso de análisis el error imputable de la persona jurídica entra en el ámbito penal no sólo por el incumplimiento estricto en relación al riesgo producido, en su caso por un tercero físico, sino en la valoración del riesgo objetivo, en la inminencia del resultado y en la configuración de la vía óptima al objeto de ejercitar la salvación, «lo cual abarca también la suposición errónea de la aptitud óptima de la vía elegida y de su ejecución»¹³⁵. En este sentido, no es la exigibilidad de previsibilidad objetiva lo relevante sino el quebrantamiento de un riesgo no permitido con previsibilidad subjetiva del saber propio de la persona jurídica respecto a las capacidades del sujeto competente¹³⁶.

Al respecto, nuevamente podemos utilizar los fundamentos de Jakobs: «no hay de atender a todo riesgo creado por el autor, sino sólo al que le era cognoscible (...). Así pues, faltará la realización del riesgo cuando las condiciones del riesgo cognoscible para el autor no permiten explicar la tendencia al daño»¹³⁷. En este sentido, cabe preguntarse si era cognoscible para el garante, en verdad, como comenta Jakobs, «la imprudencia por lo emprendido existe sólo cuando el autor ya en el instante anterior es garante de la calidad de un comportamiento posterior»¹³⁸, precisamente lo que sucede con la persona jurídica, sin que sea necesario recurrir a un autor físico o a la *actio libera in causa*¹³⁹.

Dicho esto, tal y como lo hemos planteado surge una cuestión problemática pues si la responsabilidad penal se basa en incumplimientos de deberes graves que crean

¹³³ Sostiene que el título de la imputación subjetiva en la persona jurídica es la imprudencia (grave), *culpa in constituendo, in eligendo, in instruyendo vel in vigilando*, RODRÍGUEZ RAMOS, 2011a, pp. 7 y ss; o más exactamente como *culpa in constituendo vel in operando*, ID., 2016, pp. 3 y ss.

¹³⁴ De este modo, en relación al límite superior de la temeridad y el límite mínimo del dolo, JAKOBS, 1997a, 9/24; se refiere a que «debe proyectarse sobre el desvalor normativo extrapenal atribuido a cada infracción», FERNÁNDEZ TERUELO, 2019b, p. 15.

¹³⁵ JAKOBS, 1997a, 29/94.

¹³⁶ Así y con la doctrina que se señala, JAKOBS, 1997a, 9/13.

¹³⁷ JAKOBS utiliza la fórmula de ENGISCH pero aclara que «para el autor imprudente no sólo debe ser cognoscible el riesgo que sobrepasa el marco de la autorización de riesgo, sino que el riesgo —como en el dolo— debe ser de intensidad relevante para la decisión (...) No bastan los riesgos no permitidos del género de los que han de aceptarse ubicuamente como riesgos no permitidos impuestos, si es que no se quiere paralizar determinados ámbitos de la vida», JAKOBS, 1997a, 9/15.

¹³⁸ JAKOBS, 1997a, 9/14.

¹³⁹ GRACIA MARTÍN, 2016, p. 18.

riesgos objetivo, estos han de estar por encima de los incumplimientos administrativos, civiles o mercantiles, pues tal y como comenta parte de la doctrina¹⁴⁰ si las obligaciones de las personas jurídicas vienen determinadas en leyes extrapenales, la obligación jurídico-penal debe ser otra para la persona jurídica: cuando se cree un riesgo objetivo por incumplimiento específico contra alguna norma de forma idónea para afectar al bien jurídico.

VI. Trascendencia de los postulados previos

A. *Efectos jurídico-penales del compliance en la responsabilidad de la persona jurídica: ¿exención de responsabilidad o falta de imputación objetiva?*

El *compliance* no es sólo una herramienta penal, se utiliza y se ha utilizado en distintos sectores (deporte, acoso laboral, en las consecuencias accesorias)¹⁴¹. Asimismo, las investigaciones internas (canal de denuncias) de las personas jurídicas puede producir la vulneración del secreto de las comunicaciones y de la intimidad de las personas físicas antes de la investigación a la persona jurídica o durante la instrucción, a pesar de sus efectos en la exención o atenuación de responsabilidad de las primeras¹⁴², por ejemplo, cuando la persona jurídica trate de defender que la persona física se ha saltado los controles o en su caso la involucre.

Según lo visto, la atribución de culpabilidad a la persona jurídica se fundamenta mayoritariamente en el defecto de organización o en el incumplimiento de la fidelidad al Derecho, esto es, una cuestión de culpabilidad, mientras que otros defienden que los programas de cumplimiento se tratan de un elemento del tipo con graves repercusiones en la carga de la prueba, cuestión que trataremos *infra*. Y hay quienes proponen restringir que el efecto de los *compliance* sólo pueda ser una atenuante para los casos de delitos cometidos por la persona jurídica o sus representantes¹⁴³.

Por nuestra parte, la exigibilidad de previsión es una cuestión de imputación objetiva, no estrictamente de culpabilidad, pues en el tipo la cognoscibilidad es lo que es precisamente exigible para poder obrar conforme al deber especial y fundamentaría la imputación objetiva en relación a los deberes específicos. Es más, que el riesgo de resultado sea insignificante no elimina la imputación sino que precisamente la fundamenta desde el momento en que, si se da el hecho base, los riesgos ulteriores

¹⁴⁰ FERNÁNDEZ TERUELO, 2019b, pp. 15 y 22.

¹⁴¹ Sobre el delito de corrupción en el deporte y el aumento del *Compliance*, ABADÍAS SELMA, 2020, pp. 277-304; sobre la inexplicable ausencia de responsabilidad penal de la persona jurídica en el *mobbing* y el acoso sexual, a pesar de los protocolos antiacoso (como ítem autónomo de *Compliance*), BUSTOS RUBIO, 2020, pp. 489 y ss; ampliamente sobre los programas de *Compliance* para consecuencias accesorias por analogía *in bonam partem*, y que podrían aplicarse a la persona jurídica actualmente en los tipos sin remisión al art. 31 bis CP, lo contrario supondría una aplicación más severa, MARTÍNEZ PATÓN, 2020, pp. 535 y ss.

¹⁴² Ampliamente, LEÓN ALAPONT, 2020c, pp. 13 y ss.

¹⁴³ GONZÁLEZ CUSSAC, 2020, p. 345.

que no pueden ser controlados también comportan riesgos para el mismo bien¹⁴⁴, entonces se trata de una actitud valorativa¹⁴⁵. Pero también, cabe decir, se puede plantear un estado de necesidad exculpante completo o incompleto (menor/mayor exigibilidad)¹⁴⁶ por no adoptarse medidas desde el conocimiento del riesgo en relación a la previsión de evitar, si bien esta solución la consideramos limitada a supuestos de comparación hipotética sobre cómo hubiera actuado la generalidad.

En nuestra opinión, la cultura de cumplimiento como exoneración o como atenuación de responsabilidad referida a la culpabilidad es actualmente una valoración estética del observador¹⁴⁷, que desea que los sujetos, en este caso la persona jurídica, tenga una cultura ética de cumplimiento, una fachada de buen ciudadano, lo que no elimina la enemistad o los errores graves. Es decir, la voluntad de hacer el bien no elimina la imputación objetiva, ni la culpabilidad, ni tiene por qué atenuarla cuando el incumplimiento grave se debe a una grave desatención de lo específico. En este sentido, ni se exige jurídico-penalmente a la persona jurídica tener modelos de organización y gestión en la prevención o detección de delitos, ni en su caso la implantación eficaz se trata de una cuestión de exención de la culpabilidad, ya no de exclusión de la tipicidad por falta de imputación¹⁴⁸ ni de exclusión de la culpabilidad¹⁴⁹, sino estrictamente de falta de imputación objetiva, esto es, se tratan estos controles de un factor de falta de imputación objetiva relacionada con la capacidad de evitación del riesgo o del resultado, pero sólo en aquellos casos en los que se pudiere haber evitado a través de su propia forma de implantación, pues si el resultado no se hubiera evitado ni con dicha implantación no operaría este *compliance* como factor de falta de imputación objetiva, sino el azar (infortunio) impune, de modo que tampoco en estos casos se puedan tratar a estos modelos como causa de impunidad o excusa absolutoria¹⁵⁰.

Por ejemplo, León Alapont considera que la investigación interna de la persona jurídica «debe entenderse como obligación ineludible el que, tras la recepción de información sobre posibles riesgos e incumplimientos del *compliance*, la persona jurídica decreta la apertura de la correspondiente investigación interna con la finalidad de esclarecer los hechos objeto de la comunicación. De forma que dicha consecuencia lógica quedase integrada, aun de forma tácita, en el contenido del art. 31 bis

¹⁴⁴ JAKOBS, 1997a, 9/36.

¹⁴⁵ JAKOBS, 1997a, 29/100.

¹⁴⁶ Ampliamente, AGUADO CORREA, 2004, pp. 39 y ss; FRELLESEN, 1980, pp. 90 y ss; FREUDENTHAL, 1922; GIMBERNAT ORDEIG, 1990, pp. 218 y ss; GOLDSCHMIDT, 2002, pp. 34 y ss; JAKOBS, 1997a, 29/99 y 20/1 y ss; MARTÍN LORENZO, 2009, p. 273; SAINZ CANTERO, 1965, pp. 7 y ss.

¹⁴⁷ Similarmente, la Circular FGE 1/2016; también, MONTANER ; FORTUNY, 2018, pp. 11 y ss.

¹⁴⁸ Ampliamente, y defendiendo que se trata de una cuestión de imputación objetiva, SILVA SÁNCHEZ, 2013a, pp. 113 y ss.

¹⁴⁹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2005.

¹⁵⁰ Parece defenderlo la FGE, Circular 1/2016, lo cual fue criticado por la STS 154/2016, de 29 de febrero. Defiende que se trata de una *condición objetiva de exención penal*, a la inversa, condición objetiva de punibilidad, con base a la necesidad de la pena, POLAINO NAVARRETE, 2016, p. 56.

5. 4º CP»¹⁵¹. En este sentido, partiendo de los postulados a los que hemos llegado, en verdad, los programas de cumplimiento serían una cuestión de imputación objetiva, por lo que su ausencia, según si es determinante, podrá suponer un riesgo objetivo en relación a delitos de peligro o relacionado con el resultado.

B. *Carga de la prueba*

La controversia entre autorresponsabilidad y heterorresponsabilidad alcanza también al destinatario de la carga de la prueba, pero también la consideración sobre el efecto jurídico de los programas de organización y gestión en la responsabilidad de la persona jurídica. Generalmente, pero con discrepancias, para el TS y los que defiende que se trata de un modelo de autorresponsabilidad los programas de cumplimiento son elementos del tipo por lo que la carga de la prueba corresponde a la acusación¹⁵², mientras que los que defienden el modelo de heterorresponsabilidad se decantan normalmente en que dichos programas impiden el hecho de conexión, por lo que debe probarlo la defensa¹⁵³. En otro sentido, Gómez-Jara Díez basándose en que la cultura de la organización es su capacidad de culpabilidad, comenta que «la prueba de la inidoneidad de las medidas de vigilancia y control concretas respecto del delito concreto que, a la vista de los hechos concretos, es imputado a la persona jurídica —no la prueba de la idoneidad de las medidas de vigilancia y control genéricas para delitos de la misma naturaleza— corresponde a la acusación. La prueba de la cultura de cumplimiento de la legalidad —incluida la prueba de la idoneidad de las medidas de vigilancia y control genéricas para delitos de la misma naturaleza— corresponde a la defensa»¹⁵⁴. Otra parte de la doctrina¹⁵⁵ considera que desde la perspectiva de la heterorresponsabilidad la ausencia de medidas de control eficaces constituye un elemento del tipo por lo que debe probarlo la acusación, de modo que, una vez verificado el hecho de conexión, la defensa debería probar los medios de control

¹⁵¹ LEÓN ALAPONT, 2020c, p. 31.

¹⁵² El TS insiste en que más allá de cualquier interpretación la carga corresponde a la acusación, STS 154/2016, de 29 de febrero, FJ8º; STS 221/2016, de 16 de marzo, FJ 5º; desde un modelo mixto, como una cuestión de imputación objetiva que excluye el tipo objetivo, CIGÜELA SOLA, 2015, pp. 350 y ss. Lo critica severamente, pues sería como exigir que se probase la inimputabilidad, DEL MORAL GARCÍA, 2019, pp. 697 y ss; en el mismo sentido, pues ni se explica la repercusión de tratarlo como elemento negativo del tipo, sin responsabilidad civil, GONZÁLEZ CUSSAC, 2020, pp. 215 y ss. y p. 307.

¹⁵³ La FGE considera estos programas como excusa absoluta o causa de impunidad, le corresponde a la persona jurídica al tener los recursos y la posibilidad para acreditar la eficacia al estar en mejores condiciones de aportar elementos difícilmente apreciables sin dicha aportación, Circular 1/2016 FGE; los votos particulares de la STS 154/2016, de 29 de febrero, si bien aclaran que la acusación debe probar los elementos legales del art. 31 bis a y b, critican que se exija a la acusación otra prueba, pues la cultura de cumplimiento se trata de hechos negativo, lo cual lleva a la impunidad de la persona jurídica; GÓMEZ TOMILLO, 2016; en el mismo sentido, GONZÁLEZ CUSSAC, 2020, p. 306; ZUGALDÍA ESPINAR, 2016; discrepa pues se ha de comprobar el hecho de conexión, la circunstancia desorganizativa, y esto debe acreditarlo la acusación, AGUILERA GORDILLO, 2018, pp. 70 y ss. y p. 258.

¹⁵⁴ Se refiere a una propuesta reconciliadora en la distinción entre injusto/tipo (carga de la acusación) y culpabilidad/eximente (carga de la defensa), GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2016a, pp. 12 y ss.

¹⁵⁵ FERNÁNDEZ TERUELO, 2020a, p. 69, y pp. 75 y 76.

y, además, la comisión del delito opera como indicio de la ineficacia del control.

Además, debe denunciarse que las normas UNE/ISO que estandarizan y certifican modelos de gestión, análisis del riesgo, etc., no impiden la libre valoración de la prueba del órgano jurisdiccional¹⁵⁶, pues el apartado 5 del art. 31 *bis* CP si bien parece exigir los mínimos requisitos de estos modelos no suponen un *numerus clausus* ni una taxatividad que no pueda ser modificada o reemplazada porque, en verdad, se trata de una información sobre alternativas de comportamiento que versa sobre formas de exigibilidad de saber y de comportarse (puede ser tolerable cierto riesgo: apetito del riesgo; o puede faltar un requisito que en nada hubiera evitado o prevenido el delito).

Asimismo, el derecho de defensa¹⁵⁷ de las personas jurídicas se ve controvertido según la postura que se adopte, especialmente cuando el instructor solicita, bajo amenaza de delito de desobediencia, informaciones sobre análisis del riesgo¹⁵⁸, empleados que hayan podido intervenir en los hechos o personas relacionadas con la entidad (abogados), si bien la denegación por la persona jurídica se ampararía, en nuestra opinión, en el derecho a no declarar y no declararse culpable. Si estamos ante un derecho de defensa llama la atención que a la vez pueda suponer un deber de carga de la prueba, por lo que entendemos que la falta de aportación de la cultura de cumplimiento de la legalidad, esto es, la idoneidad de las medidas de vigilancia y control genéricas, si bien pudiera corresponder a la defensa no es una obligación en el ámbito penal, sino administrativo en su caso (salvo falsedades, doble contabilidad, etc.), de lo que deviene que no exista carga de la prueba para la persona jurídica, tanto desde la perspectiva de un modelo de heterorresponsabilidad como de autorresponsabili-

¹⁵⁶ Así, la FGE, Circular 1/2016, p. 63.

¹⁵⁷ Sobre el debate, cuando el juez instructor solicita datos sobre la investigación *ad intra*, afectando al secreto profesional, al derecho a no declarar, a no declararse culpable o autoincriminarse, a no desvelar el beneficio directo indirecto, SIMÓN CASTELLANO, 2020b; incluye también al equipo de defensa interno y externo, SIMÓN CASTELLANO, 2020b; el análisis de riesgos si es recabado coactivamente por el juez y utilizado como prueba de cargo puede vulnerar los derechos a la presunción de inocencia y a no declarar contra sí mismo, LASCURAÍN SÁNCHEZ, 2021, pp. 8 y ss; rotundamente niega el deber de colaboración en requerimientos de documentación a ella misma (no es un delito de obstrucción a la justicia, ni incurre en delito de falsedad si no los aporta, ni delito de encubrimiento ni de autoencubrimiento, salvo delito de blanqueo de capitales si bien este delito carece de sentido respecto a los principios del Derecho penal), ni en caso de requerimiento a la persona jurídica sobre empleados que hayan participado en los hechos, ni en casos de requerimiento directamente a las personas físicas empleadas involucradas, sin embargo, lo problemático será en empleados no involucrados, nunca en el caso del representante, abogados *ad intra*, pero sí en caso de peritos *ad extra*, SEGRELLES DE ARENAZA, 2020, pp. 350 y ss. Sobre la equiparación del derecho de defensa de las personas jurídicas a de las físicas, STS 154/2016, de 29 de febrero, FJ. 8, la STS 221/2016, de 16 de marzo; sobre el derecho de no autoincriminación, FJ 7º, STC 54/2015, de 16 de marzo (ECLI:ES:TC:2015:54). Sobre el conflicto de intereses entre la persona jurídica y el representante cuando también es investigado, STS 31/2017, de 26 enero (Roj: STS 187/2017 - ECLI:ES:TS:2017:187); considera que no cabe el secreto profesional de los abogados internos pero reconoce que existen límites en la función que tenga encomendada, concluyendo que la cuestión no es clara y debería regularse, LEÓN ALAPONT, 2020c, pp. 26 y ss.

¹⁵⁸ Ampliamente sobre metodologías de análisis del riesgo en la fase de identificación, en la evaluación del riesgo y en la gestión y tratamiento del riesgo, SIMÓN CASTELLANO, 2020c, pp. 41 y ss.

dad, pues, dichos controles suponen una prueba, ya no en la institución de la culpabilidad, sino de la imputación objetiva, cuestión que también ha de probar la acusación y sin perjuicio de que la falta de aportación pueda constituir un indicio de criminalidad a valorar junto a otros indicios y, en su caso, pueda constituir una prueba de cargo suficiente.

C. *¿Responsabilidad penal del compliance officer vinculante para la persona jurídica?*

Respecto a la responsabilidad penal del *compliance officer* interno en la empresa (cuestión para otro profundo debate es la responsabilidad de uno externalizado¹⁵⁹) ha de aclararse que no supone la misma figura que el organismo de vigilancia (vigilantes de los propios vigilantes)¹⁶⁰ ni la del oficial de cumplimiento¹⁶¹. En España es debatible que el art. 31 *bis* CP exija para la exención una figura de raíz italiana como supone el organismo de vigilancia¹⁶², lo cual llama la atención en relación al claro interés del legislador por un constructo preventivo.

Resulta importante también aclarar que la persona jurídica debe realizar una clara delegación de funciones en el *compliance officer* para el alcance de sus deberes, pero también es cierto que no puede delegar todas ni atribuir determinadas funciones (art. 249 *bis* a, LSC y, por ejemplo, ha de ser en persona inidónea). En este sentido se ha comentado que existe una cotitularidad de la custodia¹⁶³, por ejemplo, el consejo de administración realizaría una función de supervisión genérica y la supervisión específica se atribuiría, cuando así fuere determinado, por delegación al *compliance officer*¹⁶⁴, sin perjuicio de vigilancia periódica de aquél, cuyo incumplimiento puede generar responsabilidad penal.

Asimismo, ha de diferenciarse la fuente de la posición de garantía del *compliance officer*, si la tiene¹⁶⁵ por asunción contractual o por injerencia¹⁶⁶, pero también su clase de garantía, si es garante de protección, de supervisión o por competencia institucional¹⁶⁷. Esta diferenciación tiene importancia en los delitos en comisión por

¹⁵⁹ Al respecto, TURIENZO FERNÁNDEZ, 2021, pp. 89 y ss.

¹⁶⁰ Ampliamente, TURIENZO FERNÁNDEZ, 2021, pp. 47 y ss.

¹⁶¹ Se dedica más bien al cumplimiento de normativa sectorial, LIÑÁN LAFUENTE, 2020, p. 330, nota 1.

¹⁶² Sostiene que es el *compliance officer* la FGE, Circular 1/2016; discrepa con fundamentos, TURIENZO FERNÁNDEZ, 2021, pp. 47 y ss. y p. 317.

¹⁶³ *Vid.* y en este sentido, en verdad rige una cierta desconfianza inicial, TURIENZO FERNÁNDEZ, 2021, pp. 83 y ss.

¹⁶⁴ Similarmente, GÓMEZ-JARA DÍEZ, 2016c, p. 187; TURIENZO FERNÁNDEZ, 2021, pp. 68 y ss.

¹⁶⁵ La niegan: salvo delegación de un deber de garantía convertida al delegado en garante, en ese caso, si el riesgo no se controla por inadvertencia podrá concurrir responsabilidad por autoría imprudente de quien debiendo advertirlo no lo hizo, LASCURAIN SÁNCHEZ, 2021, pp. 7 y 8; puesto que no tiene capacidad de decisión final, salvo comisión dolosa, MONTANER FERNÁNDEZ, 2015, pp. 758 y ss.

¹⁶⁶ Así, BEULKE, 2011, pp. 23-42, *vid.*, TURIENZO FERNÁNDEZ, 2021, pp. 118 y ss.

¹⁶⁷ Ampliamente, y con doctrina al respecto, y determinado la posición de garante por una confianza especial voluntariamente asumida y, por lo tanto, garante de la supervisión en determinadas circunstancias ejecutivas (diseño, implementación y gestión, actualización de las medidas) y en funciones no ejecutivas de la

omisión, donde además de la fuente de garantía se ha contar con capacidad de salvamento. En este sentido, parte de la doctrina contempla la responsabilidad penal del *compliance officer* en autoría en comisión por omisión¹⁶⁸.

En nuestra opinión, según lo explicado *supra*, el *compliance officer* puede incurrir en una responsabilidad en autoría por competencia institucional en casos de clara atribución de competencias de salvamento, sin embargo, con el límite impuesto en la propia autorreferencia de responsabilidad penal de la persona jurídica, esto es, las conductas de su *compliance officer* suponen en principio una operación de la persona jurídica en casos en los que la comunicación de las personas físicas se trate de un desvalor de la acción leve por una inconsciencia no provocada por error volitivo, por ende, se trataría de una operación propia de la persona jurídica por la selectividad de la información, salvo que por un error grave consciente incurra en imprudencia modificando esencialmente la selectividad de la información, lo cual evidentemente también sucedería por título de imputación doloso cuando se pueda independizar su comportamiento (comunicación propia seleccionada), por lo que podemos encontrar una conducta atípica de la persona física pero esto no excluye *per se* la imputación y responsabilidad de la persona jurídica según lo explicado.

VII. Conclusiones

Primera. La normativa actual parece más bien tratarse de un modelo híbrido que esconde un modelo dogmáticamente incorrecto de autorresponsabilidad. Por un lado,

información (detección de delitos, valoración preliminar de los hechos alertados, inicio de investigación, examen del incumplimiento, reporte del ilícito, TURIENZO FERNÁNDEZ, 2021, pp. 110 y ss. especialmente pp. 191 y ss; ampliamente sobre las funciones de delegado de protección de datos, SIMÓN CASTELLANO, 2018, y su reseña en: ABADÍAS SELMA, 2020b.

¹⁶⁸ Por omisión impropia, FERNÁNDEZ TERUELO, 2020a, pp. 198 y ss; LIÑÁN LAFUENTE defiende que si tiene funciones para adoptar decisiones ejecutivas sería un garante primario, en caso contrario depende de los poderes de corrección, en su caso, si están limitados y depende del órgano de administración sería un garante complementario, por lo cual sería como cooperación necesaria imprudente, y dichos casos pueden resumirse en: incumplimiento del deber de investigar la denuncia de un hecho delictivo futuro o presente, incumplimiento del deber de implantar un procedimiento de control respecto a un riesgo penal que se hubiera evitado, ausencia de identificación de un riesgo penal relevante (difícilmente se hallarán casos de omisión dolosa y debe rechazarse la imprudente pues sería *prognosis*), incumplimiento de reportar al administrador la comisión delictiva (no puede imputarse, el delito ya ha sido cometido, ni tampoco en caso de no reportarse a las autoridades en virtud del anacrónico art. 262 LECrim.), LIÑÁN LAFUENTE, 2020, pp. 333 y ss; más ampliamente, LIÑÁN LAFUENTE, 2019b, pp. 95 y ss; LIÑÁN LAFUENTE, 2019a, pp. 347-378; también como partícipe imprudente, pero en menos casos, si bien advierte la dificultad de establecer esa relación de imputación objetiva entre el defectuoso análisis de riesgos y el resultado final típico, LASCURAIN SÁNCHEZ, 2021, pp. 7 y ss; LASCURAIN SÁNCHEZ, 2014, pp. 307 y ss; pero basada en la responsabilidad sobre la fuente de peligro propia de la corporación por asunción voluntaria, y descarta que se pueda fundamentar su posible responsabilidad con base a la autoría mediata en aparatos organizados de poder, pues no se trata de organizaciones de carácter estatal o paraestatal, PÉREZ MACHÍO, 2017, pp. 197 y ss; con amplia doctrina, pero como participación en comisión por omisión imprudente (por lo general) por una equivalencia axiológica y estructural entre la realización típica activa y la omisiva (crear riesgos desaprobados o incrementarlos por encima de la tolerancia social), TURIENZO FERNÁNDEZ, 2021, pp. 157 y ss. y 320 y ss.

se trata de un modelo de autorresponsabilidad en cuanto al injusto propio, y de heteroresponsabilidad en cuanto a la punibilidad, al hacer depender la autorresponsabilidad penal de la persona jurídica de la ejecución responsable de una persona física. Sin embargo, ni uno ni otro modelo acaban de escindirse de la responsabilidad de la persona física, lo cual produce graves problemas dogmáticos al tratar de equiparar el sistema de responsabilidad de las personas físicas a las personas jurídicas.

Segunda. Hemos tratado de desarrollar unos lineamientos para una auténtica autorresponsabilidad de la persona jurídica basados en la premisa de imputación del saber propio mediante la selectividad de la información y en un fundamento de responsabilidad penal consistente en la decisión riesgosa. Vista la actual regulación y asentados los referidos postulados, en nuestra opinión sería necesario cuatro estadios de imputación y de responsabilidad de la persona jurídica que resolverían algunos de los problemas señalados por la doctrina.

El primero, y en principio *de lege ferenda*, estaría relacionado con la responsabilidad penal de la persona jurídica por la producción de riesgos mediante incumplimientos específicos, por decidir o no decidir cuando era exigible para mantener la garantía de confianza de la seguridad cognitiva de terceros. En este caso, la responsabilidad de la persona jurídica sería objetiva por el riesgo y a título de autor por infracción de deber (deber personalísimo), máxime en tipos de peligro, sin conexión ni intervención de sujetos físicos individualizables.

El segundo, también en principio *de lege ferenda*, sería en casos en los que el autor físico es *extraneus* y existe conexión entre su aportación y la infracción de deber de la persona jurídica. Aquí se encierra un constructo de pluriautoría o autoría simultánea en el que ambos responden por un injusto propio al tener comportamientos de ejecución propios. El dejar hacer de la persona jurídica (tanto dolosa como imprudentemente) a la persona física se refiere a una infracción de deber de evitar relaciones de riesgo con el resultado material o jurídico.

El tercero, el actual modelo, está vinculado a una construcción que encuentra mejor explicación en la fórmula del autor detrás del autor. Según lo explicado, aquí el autor físico es un *intraneus* (tanto el autorizado como el subordinado cuando tienen un deber especial de salvación) donde el autor de detrás, en verdad, es la persona jurídica, y esto se debe a que en el pasado incumplió un deber del que luego se aprovecha el autor físico de delante doloso o mediante dicho incumplimiento se impulsa/facilita descuidadamente al autor físico a comportarse imprudente. Se trataría de supuestos especiales de pluriautoría simultánea en la forma autor detrás del autor.

Y, por último, el actual modelo también permitiría recoger aquellos casos en los que no existe simultaneidad, en los que los deberes especiales de salvación de la persona física y jurídica están desconectados y cada uno es productor de un resultado jurídico. Como el art. 31 bis CP permite que la persona jurídica responda de los delitos cometidos por las personas físicas *intraneus*, cabe fundamentar también en la

persona jurídica un injusto propio y previo como garante institucional (autor de atrás) de las conductas de las personas físicas (todos o cualquier miembro: imposibilidad de individualización) por acometimiento o por ejecución del delito pero impune para éstas (por falta de imputación objetiva, error invencible o por infortunio), o como garante institucional cuando el autor físico de delante realiza una propia ejecución delictiva responsable. Es decir, tenemos tres partes, la persona jurídica, la persona física que comete o ejecuta el delito pero impunemente (fenomenológicamente) y la persona física que comete o ejecuta el delito responsablemente, pero la responsabilidad de la persona jurídica no se vincula a la responsabilidad o la ausencia de responsabilidad de la persona física en ninguno de los dos casos.

Tercera. Lo anterior presupuesta un modelo de autor detrás del autor en la persona jurídica en delitos no sólo en omisión sino también por acción, por cuanto su decisión (obrar) se refiere a la fenomenología de las conductas de sus miembros físicos aun impunes por los motivos explicitados. Además, la persona jurídica puede obrar no sólo imprudentemente por cognoscibilidad de la facilidad de evitación, sino también mediante *cuasi-dolo* en ambas modalidades comisivas por la intercambiabilidad de la acción y la omisión, y porque en comportamientos omisivos el dolo no se completa por faltar un objeto idóneo sobre el que causar algo (una omisión no es causal). La decisión, ese querer, se circunscribe a la no realización de una acción salvadora, en la causación segura del no hacer como representación de la improbabilidad del resultado en cuanto relación jurídica entre comportamiento y riesgo/resultados.

Cuarta. Las incorrecciones dogmáticas y normativas puestas de manifiesto por la doctrina en la actual legislación nos llevan a realizar las siguientes propuestas *de lege ferenda*:

a) Se recomienda la imputación mediante una tipificación general de tipos de peligro por incumplimientos específicos de la persona jurídica que afecten al bien jurídico/norma, y relegar los peligros por incumplimientos inespecíficos para la responsabilidad en los demás sistemas (el administrativo sancionador y civil).

b) Se aconseja criminalizar también a la persona jurídica cuando por su incumplimiento un tercero *extraneus* se aproveche dolosamente o mediante dicho incumplimiento se impulsa/facilita descuidadamente al autor físico de delante a ejecutar el delito (autoría simultánea).

c) Y se recomienda eliminar las incoherencias de la limitación al beneficio directo o indirecto, pues que la persona jurídica pueda ser víctima no elimina la responsabilidad penal ante terceros físicos miembros o no de la persona jurídica, ante terceros jurídicos ni ante toda la sociedad.

Quinta. La trascendencia de lo anterior se determina en varias conclusiones de aplicabilidad procesal y sustantiva:

a) La carga de la prueba de los *compliance programs* pertenece a la acusación en

relación a la comisión de un delito en el seno de la empresa por cuenta o en nombre de ésta que haya generado o pueda generar un beneficio directo o indirecto, pero la prueba de la misma existencia del *compliance* y su eficacia corresponde a la persona jurídica al tratarse de una cuestión de imputación objetiva, no del tipo y, por lo tanto, de una prueba para el descargo, por lo que la falta de prueba al respecto supone un indicio que sumado a otros puede enervar la presunción de inocencia: la imputación objetiva se presupone cuando se ejecuta el tipo. Esto se debe a que el *compliance* es una forma de comportamiento conforme a Derecho, en este caso, afecta a la prohibición de regreso. La prueba de su cumplimiento debe llevar a que no se incoe el procedimiento o, en su caso, al sobreseimiento libre.

b) En este sentido, el derecho de defensa de la persona jurídica abarca también el de no aportar pruebas contra ella o a no declarar contra sí misma, por ejemplo, no aportando la investigación realizada o los *compliance*.

c) La responsabilidad del *compliance officer* puede ser dolosa o imprudente por infracciones de deber especial y, por lo tanto, en concepto de autor. No es recomendable la imputación en concepto de participación imprudente porque provoca problemas de imputación en casos de dolo de la persona jurídica cuando ésta se aprovecha del error de la persona física. En nuestra opinión, el *compliance officer* no incurriría en responsabilidad penal cuando su conducta es en imprudencia leve inconsciente, pues en ese caso esa conducta corresponde a una operación propia de la organización en sí misma (no existe diferencia de información seleccionada), sí en casos de imprudencia grave consciente (cognoscibilidad de la facilidad de evitación) o inconsciente por error volitivo previo.

En conclusión, la responsabilidad penal de la persona jurídica no depende de la ejecución ni de la responsabilidad de la persona física. Esta forma de concebir la responsabilidad se hallaría en un modelo de autor detrás del autor, sobre el que hemos perfilado unos lineamientos para una teoría de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Bibliografía

- ABADÍAS SELMA, A. (2020a), «El delito de corrupción en el deporte: Del “Caso Oikos” al “Caso Osasuna”, entre otras tramas delictivas», Pere SIMÓN CASTELLANO, Alfredo ABADÍAS SELMA (coords.), *Mapa de riesgos penales y prevención del delito en la empresa*, Wolters Kluwer, Madrid, pp. 277-304.
- ABADÍAS SELMA, A. (2020b), «El desempeño de las funciones de Delegado de Protección de Datos. Gestión de procesos críticos y casos prácticos», *Diario La Ley*, nº. 9686.
- AGUADO CORREA, T. (2004), *Inexigibilidad de otra conducta en Derecho penal*, Comares, Granada.
- AGUILERA GORDILLO, R. (2018), *Compliance Penal en España. Régimen de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas. Fundamentación Analítica de Base Estratégica*.

- Lógica Predictiva y Requisitos del Compliance Program Penal*, Thomson Reuters-Aranzadi, Navarra.
- ALCALÁ-ZAMORA Y CASTILLO, (2007), *Enjuiciamiento de animales y de objetos inanimados, en la segunda mitad del siglo XX*, reed. de 1969, Universidad Nacional Autónoma de México, México.
- ALMODÓVAR PUIG, B. ; HERNÁNDEZ LUQUE, B. (2020), «El riesgo permitido como defensa de la persona jurídica investigada por corrupción», *Diario La Ley*, nº. 9555, enero.
- BACIGALUPO SAGGESE, S. (1998), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Bosch, Barcelona.
- BACIGALUPO SAGGESE, S. (2011), «Los criterios de imputación de la responsabilidad penal de los entes colectivos y de sus órganos de gobierno (arts. 31 bis y 129 CP)», *Diario La Ley*, nº. 7541, enero.
- BAJO FERNÁNDEZ, M. ; FEIJOO SÁNCHEZ, B. ; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., (2016), *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Civitas, Madrid.
- BARDAVÍO ANTÓN, C. (2018), *Las sectas en Derecho penal. Estudio dogmático de los delitos sectarios*, Bosch, Barcelona.
- BARDAVÍO ANTÓN, C. (2020), «Imputación de resultados lesivos y muerte por contagio de Covid-19: ¿modificación de la tolerancia del riesgo?», *La Ley Penal*, nº 144, mayo-junio.
- BERISTAIN IPIÑA, A. (1979), «Objetivación y finalismo en los accidentes de tráfico», *Cuestiones penales y criminológicas*, Reus, Madrid, pp. 118-119.
- BEULKE, W. (2011), «Der “Compliance Officer” als Aufsichtsgarant?, Überlegungen zu einer neuen Erscheinungsform der Geschäftsherrenhaftung», GEISLER, C., (hrsg.), *FS für Geppert zum 70. Geburtstag am 10. März 2011*, Berlin, De Gruyter, pp. 23-42.
- BOLDOVA PASAMAR, M.A. (2013), «La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. XXXIII, pp. 219-263.
- BOLEA BARDÓN, C. (2000), *Autoría mediata en Derecho penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- BUSTOS RUBIO, M. (2020), «Mobbing y acoso sexual en el trabajo: la inexistente responsabilidad penal de la empresa y los protocolos antiacoso», Pere SIMÓN CASTELLANO, Alfredo ABADÍAS SELMA (coords.), *Mapa de riesgos penales y prevención del delito en la empresa*, Wolters Kluwer, Madrid, pp. 485-500.
- CARBONELL MATEU, J.C. (2010), «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su “dogmática” y al sistema de la reforma de 2010», *Cuadernos de Política Criminal*, nº. 101, pp. 5-33.
- CIGÜELA SOLA, J. (2015), *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, Marcial Pons, Madrid.
- DE LA CUESTA ARZAMENDI, J.L. (2012), «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español», *Revista electrónica de la Asociación Internacional de Derecho Penal*, nº. A-01.
- DEL MORAL GARCÍA, A., (2019), «Compliance en la doctrina de la Sala Segunda del Tribunal Supremo: presente y perspectivas», José Luis GÓMEZ COLOMER (dir.), *Tratado sobre Compliance Penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 675-704.
- DEL ROSAL BLASCO, B. (2016), «Sobre los elementos estructurales de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones sobre las SSTS 154/2016 y 221/2016 y sobre la Circular núm. 1/2016 de la Fiscalía General del Estado», *Diario La Ley*, nº. 8732.
- DEL ROSAL BLASCO, B. (2018), *Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativas*, La Ley, Madrid.

- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (1991), *La autoría en Derecho penal*, pról. Diego-Manuel Luzón Peña, PPU, Barcelona.
- DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, M. (2019), «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un análisis dogmático», en Juan Luis GÓMEZ COLOMER (dir.) y Christa María MADRID BOQUÍN (coord.), *Tratado sobre compliance penal: Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 101-123.
- DÍEZ RIPOLLÉS, J.L. (2012), «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. regulación española», *InDret*, nº. 1, 2012.
- DOPICO GÓMEZ-ALLER, J. (2010), «Responsabilidad de personas jurídicas», *Memento Experto, Reforma Penal de 2010*, Francis Lefebvre, Madrid, pp. 10 y ss.
- FERNÁNDEZ IBÁÑEZ, E., (2006) *La autoría mediata en aparatos organizados de poder*, Comares, Granada.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. (2015), «Regulación vigente: exigencias legales que permiten la atribución de responsabilidad penal a la persona jurídica y estructura de imputación (CP art. 31 bis 1,2 inciso 1º y 5)», Ángel JUANES PECES (coord.), *Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Francis Lefebvre, Madrid, pp. 300 y ss.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. (2018a), «Responsabilidad penal de las personas jurídicas: requisitos comunes a los criterios de transferencia o conexión o doble vía de imputación [art. 31 bis 1. apartados a) y b)]», Ángela MATA LLÍN EVANGELIO (dir.), *Compliance y prevención de delitos de corrupción*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 43-54.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. (2018b), «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)», José María SUÁREZ LÓPEZ, Jesús BARQUÍN SANZ, Ignacio F. BENÍTEZ ORTÚZAR, María José JIMÉNEZ DÍAZ, José Eduardo SÁINZ CANTERO CAPARRÓS (coords.), *Estudios jurídico penales y criminológicos: en homenaje a Lorenzo Morillas Cueva*, vol. 1, Dykinson, Madrid, pp. 223-245.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. (2019a), «El control de la responsabilidad penal de la persona jurídica a través de los modelos de cumplimiento: las condiciones legales establecidas en el art. 31 bis 2 y ss. CP», Juan Luis GÓMEZ COLOMER (dir.), Christa María MADRID BOQUÍN (coord.), *Tratado sobre compliance penal: responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 181-210.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. (2019b), «Responsabilidad penal de las personas jurídicas. El contenido de las obligaciones de supervisión, organización, vigilancia y control referidas en el art. 31 bis 1. b) del Código Penal español», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº. 21-03.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. (2020a), *Parámetros interpretativos del modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas y su prevención a través de un modelo de organización o gestión (compliance)*, Thomson Reuters, Aranzadi, Pamplona.
- FERNÁNDEZ TERUELO, J.G. (2020b), «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», Miguel Bustos Rubio y Alfredo Abadías Selma (dirs.), Antonio del Moral García (pról.), *Una década de reformas penales: análisis de diez años de cambios en el Código Penal (2010-2020)*, Bosch, Barcelona, pp. 67-83.
- FRELLESEN, P. (1980), *Die Zumutbarkeit der Hilfeleistung*, Frankfurt a. Main.
- FREUDENTHAL, B. (1922), *Schuld und Vorwurf im geltenden Strafrecht*, Tübingen.

- FUENTES OSORIO, J.L. (2021), «Juntos, pero no revueltos. La pena de referencia de la persona física en el modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Cuadernos de política criminal*, nº 133, pp. 61-91.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. (1962), «La causalidad en el derecho penal», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. XV, Fasc. III, septiembre-diciembre, pp. 543-579.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. (1990), «El estado de necesidad: un problema de antijuricidad», *Estudios de Derecho penal*, 3ª ed., Tecnos, Madrid.
- GIMBERNAT ORDEIG, E. (2007), *Delitos cualificados por el resultado y causalidad*, B de F, 2ª ed., Buenos Aires.
- GOLDSCHMIDT, J. (2002), *La concepción normativa de la culpabilidad*, trad. M. de Goldschmidt y Ricardo Núñez, 2ª ed., B de F, Buenos Aires.
- GÓMEZ RIVERO, Mª.C. ; MARTÍNEZ GONZÁLEZ, Mª.I. ; NÚÑEZ CASTAÑO, E. (2010), *Nociones fundamentales de derecho penal*. 2ª ed., Tecnos, Madrid.
- GÓMEZ TOMILLO, M. (2010), *Introducción a la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el sistema español*, Lex Nova, Valladolid.
- GÓMEZ TOMILLO, M. (2016), «La responsabilidad penal de las personas jurídicas: Comentario a la STS 154/2016 de 29 de febrero, ponente José Manuel Maza Martín», *Diario La Ley*, nº. 8747, abril.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2005), *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.
- 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*, nº. 08-05.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2016a), «El pleno jurisdiccional del Tribunal Supremo sobre responsabilidad penal de las personas jurídicas: fundamentos, voces discrepantes y propuesta reconciliadora», *Diario La Ley*, nº. 8724, marzo.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2016b), «Delito corporativo y responsabilidad penal de las personas jurídicas: un desarrollo coherente de la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Diario La Ley*, nº. 8830, septiembre.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2016c), «La culpabilidad de la persona jurídica», Miguel BAJO FERNÁNDEZ, Bernardo FEIJÓO SÁNCHEZ, Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., Aranzadi, Navarra, pp. 143-219.
- GÓMEZ-JARA DÍEZ, C. (2019), «La posición de garante penal de las personas jurídicas: a propósito de la sentencia del Tribunal Supremo de 8 de marzo de 2019», *La Ley Penal*, nº 140 (LA LEY 13197/2019), septiembre-octubre.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (2015), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, José Luis GONZÁLEZ CUSSAC (dir.), Ángela MATALÍN EVANGELIO y Elena GÓRRIZ ROYO (coords.), Tirant lo Blanch, Valencia.
- GONZÁLEZ CUSSAC, J.L. (2020), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- GRACIA MARTÍN, L. (1997), «La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas», Carlos María ROMEO CASABONA (ed. lit.), *Dogmática penal, política criminal y criminología en evolución*, Universidad de Tenerife, Centro de Estudios Criminológicos, pp. 103-138.
- GRACIA MARTÍN, L. (2012), *Lecciones de consecuencias jurídicas del delito*, 4.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia,
- GRACIA MARTÍN, L. (2015), «La inexistente responsabilidad “penal” de las personas jurídicas», *Foro FICP-Tribuna y Boletín de la FICP*, nº 2015-2, julio.

- GRACIA MARTÍN, L. (2016), «Críticas de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº. 18-05.
- GRACIA MARTÍN, L. (2018), «Analogía y naturaleza de la cosa: la imposible e inconcebible responsabilidad penal y sancionatoria de la persona jurídica», en Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ (coord.), *Persuadir y razonar: Estudios Jurídicos en Homenaje a José Manuel Maza Martín*, t. II, pp. 209-240.
- HEINE, G.v., (1995), *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, Nomos.
- HEINE, G.v. (2006), «Modelo de responsabilidad originaria de la empresa», en Carlos GÓMEZ-JARA (coord.), *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial: propuestas contemporáneas*, Aranzadi Thomson Reuters, pp. 25-68.
- HERNÁNDEZ PLASENCIA, J.U. (1996), *La autoría mediata en Derecho penal*, Comares, Granada.
- HIRSCH, H.J. (1999), «Acerca de los límites de la autoría mediata», José CEREZO MIR y Edgardo Alberto DONNA, *Derecho penal, Obras completas, Libro Homenaje*, t. I, Rubinzal-Culzoni, Santafe, pp. 193 y ss.
- HORMAZÁBAL MALARÉE, H. (2018), «Teoría del delito y responsabilidad de las personas jurídicas», *Diario La Ley*, nº. 9178, abril.
- HRUSCHKA, J. (2005), «Prohibición de regreso y concepto de inducción. Consecuencias», en HRUSCHKA, Joachim, *Imputación y Derecho penal. Estudios sobre la teoría de la imputación*, Pablo SÁNCHEZ-OSTIZ (ed.), pról. J-M^a Silva Sánchez, Aranzadi, Pamplona, pp. 169-195.
- JAKOBS, G. (1997a), *Derecho penal, Parte general. Fundamentos y teoría de la imputación*, trad. Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid.
- JAKOBS, G. (1997b), «El delito imprudente», trad. Manuel Cancio Meliá, Jakobs, G., *Estudios de Derecho penal*, Civitas, Madrid, pp. 167-196.
- JAKOBS, G., (2003), «¿Punibilidad de las personas jurídicas?», en Montealegre Lynett Eduardo (Coordcoord.), VV.AA., *El funcionalismo en Derecho penal. Libro Homenaje al Prof. Günther Jakobs*, Universidad Externado de Colombia, Colombia, pp. 338-342.
- KÄMPER, S. (2015), «Sanktionsausschliessende und -mildernde Wirkung von Compliance-Programmen», *Unternehmensstrafrecht, Festschrift für Jürgen Wessing zum 65. Geburtstag*, Ahlbrecht, Dann, Wessing, Frister y Bock (edits.), pp. 55-88.
- KNIGHT, F., *Risk, Uncertainty and Profit*, Houghton Mifflin, Boston, 1921.
- LACRUZ BERDEJO, J.L. (2010), *Elementos de Derecho civil I, Parte General*, vol. II, Personas, 6^a ed., Dykinson, Madrid.
- LAMPE, E.J. (1999), «Zur ontologischen Struktur des strafbaren Unrechts», en WEIGEND / KÜPPER (eds.), *Festschrift für Hans Joachim Hirsch*, pp. 83 y ss.
- LAMPE, E.J. (2003), «Injusto del sistema y sistemas de injusto», trad. Carlos Gómez-Jara Díez, LAMPE, Ernst-Joachim, *La Dogmática jurídico-penal entre la ontología social y el funcionalismo*, ed. y trad. española de Carlos GÓMEZ-JARA DÍEZ, Guillermo ORCE y Miguel POLAINO-ORTS, Grijley, Lima, pp. 97 y ss.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. (2014), «Salvar al Oficial Ryan (Sobre la responsabilidad penal del Oficial de Cumplimiento)», Santiago MIR PUIG, Mirentxu CORCOY BIDASOLO y Víctor GÓMEZ MARTÍN (dirs.), *Responsabilidad de la empresa y compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*, Edisofer, Madrid, pp. 301-336.
- LASCURAÍN SÁNCHEZ, J.A. (2021), «Análisis de riesgos penales: cuatro inquietudes», *La Ley Compliance Penal*, nº. 7, pp. 1-11.

- LEÓN ALAPONT, J. (2020a), *Compliance penal: especial referencia a los partidos políticos*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- LEÓN ALAPONT, J. (2020b), «Los programas de cumplimiento penal como objeto de prueba», *Revista General de Derecho Procesal*, nº. 51, 2020.
- LEÓN ALAPONT, J. (2020c), «Retos jurídicos en el marco de las investigaciones internas corporativas: a propósito de los compliances», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, nº. 22-04, pp. 1-34.
- LIÑÁN LAFUENTE, A. (2019a), «El oficial de cumplimiento: su responsabilidad penal», Juan Luis GÓMEZ COLOMER (dir.), Christa María MADRID BOQUÍN (coord.), *Tratado sobre compliance Penal. Responsabilidad penal de las personas jurídicas y modelos de organización y gestión*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 347-378.
- LIÑÁN LAFUENTE, A. (2019b), *La responsabilidad penal del compliance officer*, Aranzadi, Pamplona.
- LIÑÁN LAFUENTE, A. (2020), «Supuestos de responsabilidad penal del compliance officer», Pere SIMÓN CASTELLANO, Alfredo ABADÍAS SELMA (coords.), *Mapa de riesgos penales y prevención del delito en la empresa*, Wolters Kluwer, Madrid, pp. 329-342.
- LUHMANN, N. (1983), *Fin y racionalidad en los sistemas. Sobre la función de los fines en los sistemas sociales*, trad. Jaime Nicolás Muñiz, Editora Nacional, Madrid.
- LUHMANN, N. (1998), *Sistemas sociales. Lineamientos para una teoría general*, trad. Silvia Pappé y Brunhilde Erke, bajo la coordinación de Javier Torres Nafarrate, 2ª ed., Anthropos, México.
- LUHMANN, N. (2005a), *El Derecho de la sociedad*, trad. Javier Torres Nafarrate, 2ª ed., Herder, Universidad Iberoamericana, Biblioteca Francisco Xavier Clavigero, México.
- LUHMANN, N. (2005b), *Organización y decisión. Autopoiesis, acción y entendimiento comunicativo*, intr. y trad. Darío Rodríguez Mansilla, Anthropos, 1ª reimp. de la 1ª ed. 1997, México.
- LUHMANN, N. (2005c), *Poder*, Anthropos, 1ª reimp. de la 1ª ed. 1995, México.
- LUHMANN, N. (2006), *Sociología del riesgo*, Universidad Iberoamericana, México.
- LUHMANN, N. (2007), *La sociedad de la sociedad*, Herder, México.
- LUHMANN, N. (2009), *¿Cómo es posible el orden social?*, trad. Pedro Morandé Court, Herder, México.
- LUHMANN, N. (2010), *Organización y decisión*, trad. Darío Rodríguez Mansilla, Herder, México.
- LUHMANN, N. (2013a), «Acuerdo sobre riesgos y peligros», trad. Iván Ortega Rodríguez, Luhmann, Niklas, *La moral de la sociedad*, Trotta, recopilación de artículos, pp. 321-332.
- LUHMANN, N. (2013b), «Interacción, organización, sociedad. Aplicaciones de la teoría de sistemas», trad. Iván Ortega Rodríguez, LUHMANN, Niklas, *La moral de la sociedad*, Trotta, recopilación de artículos, pp. 197-214.
- LUHMANN, N. (2013c) «Las normas desde una perspectiva sociológica», trad. Iván Ortega Rodríguez, Luhmann, N., *La moral de la sociedad*, Trotta, recopilación de artículos, pp. pp. 29-56
- MARAVÉ GÓMEZ, M. (2009), *El principio de confianza en Derecho penal. Un estudio sobre la aplicación del principio de autorresponsabilidad en la teoría de la imputación objetiva*, pról. Jorge Barreiro, Civitas, Madrid.
- MARTÍN LORENZO, M.^a (2009), *La exculpación penal. Bases para una atribución legítima de la responsabilidad penal*, Tirant lo Blanch, Valencia.

- MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, C. (2011), *Derecho penal económico y de la empresa. Parte general*, Tirant lo Blanch, Valencia.
- MARTÍNEZ ESCAMILLA, M. (1992), *La imputación objetiva de resultado*, Edersa, Madrid.
- MARTÍNEZ PATÓN, V. (2021), *Conversaciones sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Análisis de 10 años*, Bosch, Barcelona.
- MARTÍNEZ PATÓN, V. (2020), «¿Programas de Compliance para consecuencias accesorias (art. 129 CP)?», Pere SIMÓN CASTELLANO, Alfredo ABADÍAS SELMA (coords.), *Mapa de riesgos penales y prevención del delito en la empresa*, Wolters Kluwer, Madrid, pp. 531-543.
- MARTÍNEZ PATÓN, V. (2019), *La doctrina Societas delinquere non potest. Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, B de f, Buenos Aires.
- MEAD, G.H. (2009), *Espíritu, persona y sociedad. Desde el punto de vista del conductismo social*, intr. Charles W. Morris, presentación a la ed. castellana Gino Germani, Paidós, Barcelona-Buenos Aires-México.
- MIRÓ LLINARES, F. (2013), «Derecho penal económico-empresarial y evolución de la teoría del delito en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (I). Tipo objetivo», en Jesús-María SILVA SÁNCHEZ y Fernando MIRÓ LLINARES (dirs.), *Teoría del delito en la práctica penal económica*, La Ley, Madrid.
- MONTANER FERNÁNDEZ, R. (2015), «El criminal compliance desde la perspectiva de la delegación de funciones», *Estudios Penales y Criminológicos*, vol. 35, pp. 733-782.
- MONTANER, R. ; FORTUNY, M. (2018), «La exención de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Regulación jurídico-penal vs. UNE 19601», *La Ley Penal*, nº. 132, mayo-junio.
- NIETO MARTÍN, A., (2009), «La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la LO 5/2010», *Revista Xurídica Galega*, nº 63, pp. 47-70, en <https://resp-pj.blogspot.com.es/2011/03/la-responsabilidad-penal-de-las.html>.
- PIÑA ROCHEFORT, J.I. (2005), *Rol Social y sistema de imputación. Una aproximación sociológica a la función del Derecho penal*, pról. J-M^a Silva Sánchez, Bosch, Barcelona.
- PÉREZ MACHÍO, A.I. (2017), *La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código penal español. A propósito de los programas de cumplimiento normativo como instrumentos idóneos para un sistema de justicia penal preventiva*, Comares, Granada.
- POLAINO NAVARRETE, M. (2016), *Lecciones de Derecho penal, Parte general*, t. II, 2^a ed. corregida y actualizada, Tecnos, Madrid.
- POLAINO-ORTS, M. (2009a), *Derecho penal del enemigo. Fundamentos, potencial de sentido y límites de vigencia*, pról. Günther Jakobs, Bosch, Barcelona.
- POLAINO-ORTS, M. (2009b), «Imputación objetiva: esencia y significado», en Kindhäuser Urs / Polaino-Orts Miguel / Corcino Barrueta Fernando, *Imputación objetiva e imputación subjetiva en Derecho penal*, Grijley, Perú, pp. 19-84.
- RAGUÉS I VALLÉS, R. (2017), *La actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto de su responsabilidad penal*, Marcial Pons, Madrid.
- RESNIK, M.D. (1998), *Elecciones. Una introducción a la teoría de la decisión*, trad. Villarreal/Rodríguez, Gedisa, Barcelona.
- ROBLES PLANAS, R. (2000), «Participación en el delito e imprudencia», *Revista de Derecho Penal y Criminología*, nº 6, pp. 223-252.
- ROBLES PLANAS, R. (2006), «¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la Ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos», *InDret*, nº 2.
- RODRÍGUEZ MANSILLA, D. (1991), *Gestión Organizacional. Elementos para su estudio*, Instituto de Sociología, Pontificia Universidad Católica de Chile, Santiago de Chile.

- RODRÍGUEZ RAMOS, L. (2011a), «¿Cómo puede delinquir una persona jurídica en un sistema penal antropocéntrico? (La participación en el delito de otro por omisión imprudente: pautas para su prevención)», *Diario La Ley*, n.º. 7561.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L. (2011b), «La culpabilidad en los delitos cometidos por la persona jurídica. El “delito de sospecha blindado” y la responsabilidad objetiva “impura” en la Circular 1/2010 de la Fiscalía General del Estado», *Diario La Ley*, n.º. 7694, septiembre.
- RODRÍGUEZ RAMOS, L. (2016), «Sobre la culpabilidad de las personas jurídicas (Al hilo de las SSTs 514/2015, 154 y 221/2016)», *Diario La Ley*, n.º. 8766, mayo.
- ROSO CAÑADILLAS, R. (2010), «Derecho penal, prevención y responsabilidad social corporativa», Diego Manuel LUZÓN PEÑA (dir.), *Derecho penal del Estado social y democrático de derecho. Libro homenaje a Santiago Mir Puig*, La Ley, Madrid, pp. 241-296.
- ROXIN, C. (2000), *Autoría y dominio del hecho en Derecho penal*, trad. de la 7ª ed., 1999 alemana por Joaquín Cuello Contreras y José Luis Serrano González de Murillo, pról. Manuel Cobo del Rosal, Marcial Pons, Madrid-Barcelona.
- SAINZ CANTERO, J.A. (1965), *La exigibilidad de conducta adecuada a la norma en Derecho penal*, Universidad de Granada, Granada.
- SÁNCHEZ-VERA, J. (1998), «Sobre la figura de la autoría mediata y su tan sólo fenomenológica “trascendencia”», *Anuario de Derecho Penal y Ciencia Penales*, n.º. 51, pp. 319-364.
- SANTA RITA, G. (2015), *El delito de organización terrorista: un modelo de derecho penal del enemigo. Análisis desde la perspectiva de la imputación objetiva*, Bosch, Barcelona.
- SCHALL, H. (2004), «Grund und Grezen der strafrechtlichen Geschäftsherrenhaftung», *Festschrift für Hans-Joachim RUDOLPHI, ROGALL, PUPPE, STEIN y WULTER* (edits.), pp. 267-283.
- SCHÜNEMANN, B. (1988), «Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, t. 41, Fasc/Mes 2, pp. 529-558.
- SEGRELLES DE ARENAZA, I., (2020), «Estrategias de defensa de la persona jurídica en el proceso penal», Pere SIMÓN CASTELLANO, Alfredo ABADÍAS SELMA (coords.), *Mapa de riesgos penales y prevención del delito en la empresa*, Wolters Kluwer, Madrid, pp. 343-365.
- SILVA SÁNCHEZ, J-Mª, (2004), «¿“Pertinencia” o “intervención”? Del delito de “pertenencia a una organización criminal” a la figura de la “participación a través de la organización”, en el delito», Emilio OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO / Manuel GURDIEL SIERRA / Emilio CORTÉS BECHIARELLI (coords.), *Estudios en recuerdo del Profesor Ruiz Antón*, Tirant lo Blanch, Valencia, pp. 1069-1096.
- SILVA SÁNCHEZ, J-Mª. (2008a), «La evolución ideológica de la discusión sobre la “responsabilidad penal” de las personas jurídicas», *Derecho penal y Criminología*, Ejemplar dedicado a: Memorias. XXX Jornadas Internacionales de Derecho penal. Treinta años de evolución del Derecho penal, vol. 29, n.º 86-87, pp. 129 y ss.
- SILVA SÁNCHEZ, J-Mª. (2008b), «La “intervención a través de la organización”, ¿una forma moderna de participación en el delito?», Manuel CANCIO MELIÁ / Jesús-María SILVA SÁNCHEZ, *Delitos de organización*, B de F, Montevideo-Buenos Aires, pp. 87-120.
- SILVA SÁNCHEZ, J-Mª. (2013a), *Fundamentos del Derecho penal de la empresa*, Edisofer, Madrid.
- SILVA SÁNCHEZ, J-Mª. (2013b), «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español», Jesús-María SILVA SÁNCHEZ (dir.), Raquel MONTANER FERNÁNDEZ

- (coord.), *Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y Reacciones Corporativas*, Atelier, Barcelona, pp. 15-38.
- SIMÓN CASTELLANO, P. (2018), *El desempeño de las funciones de Delegado de Protección de Datos: gestión de procesos críticos y casos prácticos*, Wolters Kluwer, Madrid.
- SIMÓN CASTELLANO, P. (2020a), «La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el nacimiento de los sistemas de compliance», Miguel BUSTOS RUBIO y Alfredo ABADÍAS SELMA (dirs.), *Una década de reformas penales: análisis de diez años de cambios en el Código Penal (2010-2020)*, Bosch, Barcelona, pp. 85-100.
- SIMÓN CASTELLANO, P. (2020b), «Requerimientos de información y derecho de defensa de la persona jurídica. Reflexiones en torno al caso BBVA-Villarejo», *Diario La Ley*, nº 9691, septiembre.
- SIMÓN CASTELLANO, P. (2020c), «Responsabilidad penal de las personas jurídicas, mapa de riesgos y cumplimiento de la empresa», Pere SIMÓN CASTELLANO, Alfredo ABADÍAS SELMA (coords.), *Mapa de riesgos penales y prevención del delito en la empresa*, Wolters Kluwer, Madrid.
- TIEDEMANN, K. (1997), «Responsabilidad penal de las personas jurídicas», en José Hurtado Pozo (coord.), *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Grijley, Lima, pp. 97-126.
- TURIENZO FERNÁNDEZ, A. (2021), *La responsabilidad penal del Compliance officer*, Marcial Pons, Madrid.
- VILLEGAS GARCÍA, M.A. ; ENCINAR DEL POZO, M.A. (2017), «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. La jurisprudencia de la Sala de lo Penal del Tribunal Supremo», *Diario La Ley*, nº. 9106, sección Dossier.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J.M (2013), *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas, de los entes sin responsabilidad y de sus directivos, Análisis de los arts. 31 bis y 129 del Código Penal*, Tirant Lo Blanch, Colección delitos, nº. 95, Valencia.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (2016), «Modelos dogmáticos para exigir responsabilidad criminal a las personas jurídicas (A propósito de las SSTs de 2 de septiembre de 2015, 29 de febrero de 2016 y 16 de marzo de 2016)», *La Ley Penal*, nº 119, marzo-abril.
- ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. (2019), «La teoría jurídica del delito de las personas jurídicas en la jurisprudencia del Tribunal Supremo», *Diario La Ley*, nº 953, diciembre