

**LA ESTRUCTURA DE LA INFRACCIÓN PENAL DE LA
PERSONA JURÍDICA: EL PRESUPUESTO (EL DÉFICIT
ORGANIZATIVO PELIGROSO) Y EL
RESULTADO/CONDICIÓN OBJETIVA DE PUNIBILIDAD
(EL HECHO DE CONEXIÓN POSTERIOR)**

Prof. Dr. Carlos Martínez-Buján Pérez

ÍNDICE

I. INTRODUCCIÓN: PRE-COMPRESIONES Y ESTIPULACIONES	2
<i>1.1. La inexistencia de una RPPJ en sentido estricto. La PJ no realiza delitos. La incapacidad de acción de la PJ.....</i>	<i>4</i>
<i>1.2. Admisibilidad de una RPPJ en sentido amplio, basada en la lesión de la norma de valoración, en el marco de un nuevo subsistema penal</i>	<i>7</i>
<i>1.2.1. Naturaleza y fundamento de la infracción penal de la PJ. De la lógica del beneficio a la lógica de la prevención (que integra la lógica de la colaboración) e, indirectamente, al fomento de una cultura de la legalidad</i>	<i>7</i>
<i>1.2.2. La PJ posee identidad propia y responde penalmente por un hecho objetivamente propio, con elementos también propios, según el paradigma de la responsabilidad estructural. Un modelo de autorresponsabilidad limitado</i>	<i>17</i>
II. ESTRUCTURA DE LA INFRACCIÓN PENAL DE LA PJ. EL PARALELISMO (ESTRUCTURAL) CON EL DELITO DEL ART. 286 SEIS DEL PROYECTO DE 2013	24
<i>2.1. Caracterización general</i>	<i>24</i>
<i>2.1.1. Un hecho propio objetivamente antijurídico, integrado por un presupuesto (el déficit organizativo caracterizado como un hecho omisivo) y un resultado (el hecho de conexión posterior imputable objetivamente a la omisión). La teoría jurídica de la infracción penal de la PJ.....</i>	<i>24</i>
<i>2.1.2. La inexistencia de elementos subjetivos. Consecuencias: imposibilidad conceptual de admitir (algo semejante a) la tentativa, la participación y la coautoría en la infracción penal de la PJ</i>	<i>31</i>

2.2. <i>El paralelismo estructural con el delito del art. 286 seis del Proyecto de CP de 2013 y una propuesta de lege ferenda</i>	35
III. EL PRESUPUESTO (O SUSTRATO) DE LA INFRACCIÓN PENAL DE LA PJ: EL DÉFICIT ORGANIZATIVO PREVIO A LA REALIZACIÓN DE UN HECHO PENALMENTE TÍPICO POR PARTE DE LA PERSONA FÍSICA	39
3.1. <i>Naturaleza jurídica y función dogmática. La necesidad de una reducción teleológica de la infracción: remisión a la doctrina de la imputación objetiva</i>	39
3.2. <i>Consecuencias procesales</i>	50
IV. EL RESULTADO IMPUTABLE OBJETIVAMENTE A LA OMISIÓN (EL HECHO DE CONEXIÓN POSTERIOR) ART. 31 BIS-1	57
4.1. <i>Naturaleza jurídica. A la vez: presupuesto indiciario (a efectos procesales), resultado típico (desde la perspectiva objetiva) y condición objetiva de punibilidad (desde la perspectiva subjetiva)</i>	57
4.2. <i>Peculiaridades de la imputación objetiva en el hecho de conexión incluido en la letra b) del art. 31 bis-2</i>	62
4.3. <i>Requisitos del hecho de conexión</i>	65
4.3.1. <i>Introducción: la regulación legal</i>	65
4.3.2. <i>Los requisitos incluidos en el art. 31 bis-1: delitos cometidos “en nombre o por cuenta de” la PJ y “en su beneficio directo o indirecto”</i>	66
4.3.3. <i>Los requisitos incluidos en el art. 31 ter</i>	69
4.3.3.1 <i>Introducción</i>	69
4.3.3.2. <i>Circunstancias que afecten a “la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad” (art. 31 ter-2)</i>	70
4.3.3.2.1. <i>La accesoriadad de la responsabilidad de la PJ con respecto al hecho de la persona física y el significado del vocablo “culpabilidad”: accesoriadad referida a un hecho (no a una acción) objetivamente típico</i> ..	70
4.3.3.2.2. <i>Persona física que obra sin culpabilidad concebida como categoría dogmática (y, a fortiori, que obra sin punibilidad)</i>	73
4.3.3.2.3. <i>Persona física que obra sin dolo o imprudencia</i>	74
4.3.3.2.4. <i>Persona física que obra al amparo de una causa de justificación. A la vez: referencia a la posible justificación de la PJ</i>	76
4.3.3.2.5. <i>Persona física que obra en situación de ausencia de acción</i>	81
4.3.3.3. <i>Persona física que realiza una tentativa (o actos preparatorios) y efectos del desistimiento</i>	83
4.3.3.4. <i>Persona física que lleva a cabo una conducta de participación y persona física que realiza un hecho delictivo imprudente</i>	87
4.3.3.5. <i>Persona física que realiza un delito especial</i>	91
4.3.3.6. <i>Realización de varios hechos penalmente típicos de igual o semejante naturaleza y realización de varios hechos de naturaleza diferente</i>	92

BIBLIOGRAFÍA 93

LA ESTRUCTURA DE LA INFRACCIÓN PENAL DE LA
PERSONA JURÍDICA: EL PRESUPUESTO (EL DÉFICIT
ORGANIZATIVO PELIGROSO) Y EL
RESULTADO/CONDICIÓN OBJETIVA DE PUNIBILIDAD
(EL HECHO DE CONEXIÓN POSTERIOR)

*Prof. Dr. Carlos Martínez-Buján Pérez **

**I. INTRODUCCIÓN: PRE-COMPRESIONES Y
ESTIPULACIONES**

Aunque ya se ha escrito mucho (o “casi todo”¹) sobre la materia que voy a exponer a continuación, el objetivo primordial de este trabajo es ofrecer un modelo teórico para la comprensión de la responsabilidad penal de la persona jurídica (en adelante RPPJ) a la vista de la regulación del CP español. Ello presupone explicar la estructura dogmática de dicha responsabilidad a partir de los conceptos asentados en el ámbito del Derecho penal, puesto que, de *lege lata*, es indiscutible que de responsabilidad *penal* se trata, aunque, a mi juicio, esa responsabilidad no consista en la comisión de un *delito* en el sentido de los arts. 1, 5, 10 y concordantes del CP.

Ese objetivo primordial lleva aparejados otros fines, como es el de desentrañar algunos malentendidos y el de ofrecer algunas clarificaciones, en atención a lo cual creo que se pueden obtener unas conclusiones dogmáticamente coherentes y político-criminalmente satisfactorias, que, más allá de disquisiciones puramente terminológicas, pueden ser, a su vez, compartidas en lo esencial por un amplio número de penalistas².

Y ello no puede resultar extraño desde el momento en que en buena parte de los modelos interpretativos que se han sustentado existen coincidencias sustanciales en lo que se refiere a la *estructura*

* Catedrático de Derecho Penal de la Universidad de A Coruña

¹ Así, recientemente, cfr. DÍAZ G.-CONLLEDO, 2023, p. 1, añadiendo unas consideraciones introductorias sobre esta materia que comparto plenamente. Por lo demás, tal circunstancia justifica que en el presente estudio la bibliografía utilizada no sea exhaustiva y se limite a los trabajos que se hallan directamente relacionados con las cuestiones que abordo.

² Esta es también, confesadamente, la aspiración de FEIJOO, 2015, p. 14, quien, partiendo de una concepción sistemática diferente a la que aquí acojo, añade que el modelo que él propone no es el único teóricamente posible, si bien cree que es el que mejor permite explicar el Derecho español tras la reforma de 2015. Vid. también, recientemente, FEIJOO, 2023, pp. 1 ss.

dogmática de la RPPJ, por más que puedan advertirse también algunas divergencias en aspectos que provienen básicamente de las diferentes pre-comprensiones sobre la naturaleza de la RPPJ, así como de las distintas premisas metodológicas que se acogen para la elaboración del sistema penal, y, en particular, para la construcción de la teoría jurídica del delito.

En mi caso, parto de la concepción significativa de la acción pergeñada por VIVES y de la sistemática penal que él propone para la elaboración de la teoría jurídica del delito, una sistemática que he venido desarrollando en diversos trabajos con algunos matices añadidos en aspectos concretos.

En atención a todo lo que acabo de apuntar, el presente trabajo aspira, ante todo, a ofrecer un estudio de la estructura de la *infracción penal* de las personas jurídicas (en adelante PJ) a partir de una concepción sistemática novedosa, lo cual permitirá contribuir a fundamentar convincentemente, desde la perspectiva que acojo, algunas de las soluciones ya propuestas en la doctrina y en la jurisprudencia sobre la base de otras concepciones sistemáticas. Pero además pretende aportar algunas soluciones originales sobre determinados aspectos de la RPPJ singularmente controvertidos.

En fin, algunas de las soluciones que propondré representan una novedad también desde mi punto de vista, puesto que tales soluciones no se incluían (o se hallaban insuficientemente desarrolladas) en trabajos anteriores sobre la materia.

En los siguientes apartados de este primer epígrafe introductorio se explicará: 1) que la PJ no realiza un *delito* en el sentido de los arts. 1, 5, 10 y concordantes del CP, porque ni siquiera lleva a cabo una *acción (u omisión)* en sentido jurídico penal, al carecer de *libertad de acción*, que es el presupuesto de la acción misma y, por ende, de todo el sistema de la teoría jurídica del delito; 2) que, si bien comparto la idea de que habría sido preferible que la RPPJ hubiese permanecido fuera del ámbito jurídico-penal, lo cierto es que el legislador español decidió que fuese una responsabilidad *penal*, que, a mi juicio, debe ser caracterizada como una responsabilidad en sentido amplio, basada en la lesión de la norma de valoración, en el marco de un nuevo subsistema penal, radicalmente separado del sistema penal previsto para las personas físicas; 3) que la PJ responde por un *hecho* (que no una *acción*) *objetivamente propio*, con elementos propios, cuyo fundamento básico reside en la peligrosidad de la PJ manifestada en el caso concreto de cara a la comisión de delitos por parte de sus integrantes y cuya sanción tiene como finalidad primordial intimidar a administradores y socios para que adopten medidas eficaces de prevención que impidan

el favorecimiento de delitos; 4) que la infracción penal de la PJ debe restringirse teleológicamente a los supuestos en los que la omisión de las medidas idóneas de prevención de delitos (presupuesto de la infracción) crea un riesgo que en el caso concreto se materializa en la comisión de un delito por parte de una persona física integrante de la PJ.

1.1. La inexistencia de una RPPJ en sentido estricto. La PJ no realiza delitos. La incapacidad de acción de la PJ

Vaya por delante que, con arreglo a la concepción que adopto, parto de la premisa de que la PJ no puede *realizar o cometer delitos*, conforme a la definición de delito contenida en el CP español y comúnmente compartida en la doctrina, esto es, con arreglo a los conceptos del Derecho penal individual, en atención a lo cual no cabe hablar de una RPPJ *en sentido estricto o propio*, análoga o equivalente a la de las personas físicas; solo cabe identificar una responsabilidad penal en sentido amplio. De hecho, es ya el tenor literal del art. 31 bis CP el que señala paladinamente que quienes “*cometen*” o “*realizan*” los delitos son exclusivamente las personas físicas enumeradas en las letras a) y b) del art. 31 bis-1.

Esta premisa, que es compartida por un nutrido sector doctrinal sobre la base de diferentes concepciones metodológicas³, se funda-

³ Vid., por todos, ya GRACIA, 2016, pp. 28 ss.; SILVA 2016, pp. 671 y 675, para quien la PJ no “realiza” delito alguno, por lo que la naturaleza jurídica del art. 31 bis es la que consiste en una *regla de imputación*, o sea, una regla acumulativa de responsabilidad a un ente que no ha realizado tipo delictivo alguno (el art. 31 bis CP no contiene una cláusula de ampliación de los tipos). Vid., más recientemente, entre otros, DÍAZ G.-CONLLEDO, 2019, pp. 111 ss., subrayando la imposibilidad de trasladar los elementos de la teoría del delito a la RPPJ, y 2023, *passim*, especialmente pp. 24 ss., donde emplea también la expresión de “responsabilidad penal en sentido amplio” (a la que también denomina “responsabilidad criminal”), a diferencia de la “responsabilidad penal en sentido estricto” para las personas físicas; PASTOR, 2022, p. 820, y n. 15, descartando que quepa hablar de una responsabilidad auténticamente penal de la PJ, basada en una culpabilidad jurídico-penal de la PJ; BOLDOVA, 2022, pp. 5 ss. y 32 y 34, incidiendo en la imposibilidad de construir una teoría jurídica del delito “específicamente penal” y eso, sí, limitándose a añadir que la RPPJ no es de naturaleza penal, sino civil o administrativa. También cabría incluir, *prima facie*, aquí a FEJOO (2015, pp. 80 ss.), dado que admite que los arts. 31 bis y ss. del CP parten de la base de que “son las personas físicas las que ‘realizan materialmente’ los hechos típicos, que, según el último inciso del art. 31 ter-1, son ‘los mismos hechos’” y que (como escribe en 2023, pp. 84 s.) las PJ “no ejecutan acciones ni omiten”, quedando claro que “responden en relación con –no por– las acciones y omisiones humanas” y que el art. 5 CP solo es aplicable a la responsabilidad penal de las personas físicas. No obstante, este penalista llega a afirmar que la PJ comete un verdadero “delito corporativo” y sufre una “pena corporativa” (eso sí, con los matices que indicaré más abajo). Vid., con claridad, FEJOO, 2023, pp. 2 ss., 15 s., 86 ss. y *passim*, donde, si bien es cierto que distingue también entre una responsabilidad penal en sentido estricto (la relativa a las personas físicas, a la que

menta, a mi juicio, en la idea básica de que *la PJ no cuenta ya con un sustrato real propio que pueda considerarse análogo o equivalente a la libertad de acción, que constituye el presupuesto básico del sistema de la teoría del delito* (y, en particular, el punto de unión entre la doctrina de la acción y la de la norma). Al partir de la base de que, conforme a la concepción significativa de la acción, la libertad de acción va referida a un comportamiento humano y de que dicha libertad es ya presupuesto de la acción misma, o sea, presupuesto de la imagen de mundo desde la perspectiva de la acción, es obvio que (sin necesidad de tener que llegar a examinar otras categorías dogmáticas del delito) la PJ carece ya de capacidad de acción en sentido jurídico-penal⁴.

Consecuentemente, asumo como punto de partida que la PJ no puede lesionar normas jurídico-penales de determinación de conducta, ni, consecuentemente, puede ser castigada con auténticas penas en sentido material.

No comparto, pues, la tesis de un sector doctrinal que sostiene que la PJ “comete” un delito, castigado por tanto con una “pena” en sentido material, sobre la base de entender que lesiona una norma directiva de conducta (derivada indirectamente de la comisión del delito por parte de la persona física) y que esa lesión puede ser imputada a la “culpabilidad” de la propia PJ⁵.

él denomina “responsabilidad criminal”) y otra responsabilidad penal en sentido amplio (la referente a las PJ, en la que no se exigiría dolo ni imprudencia, ni posibilidad de conocimiento de la antijuridicidad, a la que denomina “responsabilidad penal”), considera, empero, que esta última tiene como presupuesto la comisión de un *delito* definido en el art. 10 CP (que además no exigiría culpabilidad), en atención a lo cual buena parte de los preceptos incluidos en el Título preliminar del CP (ciertamente, insisto no el contenido en el art. 5) sería aplicable también al *delito* de la PJ. Sobre los rasgos que tendría esta responsabilidad penal corporativa, basados en un fundamento objetivo-estructural (cimentado en el cumplimiento de la legalidad y orientado a la estabilización de las normas), vid. FEIJOO, 2023, pp. 16 ss., 25 ss., 31 ss., 55 ss., 75 ss. y *passim*. Antes de la introducción de la RPPJ en nuestro CP, vid. ya de *lege ferenda*, NIETO, 2008, pp. 322 ss. y *passim*.

⁴ Vid., especialmente, MARTÍNEZ-BUJÁN, LH Queralt, 2021, pp. 293 ss.; vid. también mi DPEE (PG), 6^a ed., 2022, pp. 813 ss. y bibliografía que se cita. Haciéndose eco de ello, vid. DÍAZ G.-CONLLEDO, 2023, p. 8 y n. 9, con el fin de rebatir la tesis de BUSATO sobre la capacidad de acción de la PJ.

⁵ Sobre esta tesis vid., fundamentalmente, ya BACIGALUPO SAGGESE, 1998, *passim*, y 2013, pp. 25 ss.; GÓMEZ-JARA, 2005, *passim*; 2005-a, pp. 427 ss.; 2006, pp. 93 ss., 2013-b, pp. 503 ss., 2023, pp. 4 ss., quien, sobre la base de la teoría social de los sistemas sociales autopoieticos, propone una “culpabilidad empresarial” cimentada en un *conocimiento organizativo*, sin referencia a conocimiento real alguno, sino como mera construcción normativa. En la jurisprudencia cabe destacar en una línea próxima la STS de 11-10-2017 (Pte. Maza), en la que, si bien no se acogen todos los planteamientos de dicha teoría de los sistemas, se parte de la base de un auténtico comportamiento autoorganizativo por parte de la PJ, que, a la postre, puede optar, o no, por institucionalizar una cultura de cumplimiento de la legalidad. Sobre esta sentencia vid. el comentario de GÓMEZ-JARA, 2019, pp. 181 ss. Estas construcciones surgen con la

Esta tesis es incompatible con una teoría de las normas concebidas como directivas de conducta (como normas *personales* de conducta) y con una comprensión de la categoría de la culpabilidad como *reproche*, presupuestos que –por lo demás– son imprescindibles para poder imponer penas en sentido material o en sentido estricto (como respuesta *retributiva* ante un hecho antinormativo y reprochable)⁶.

Sobre la base de estas razones, se puede dar respuesta al argumento esgrimido por CARBONELL y G. CUSSAC, consistente en entender que las PJ están sometidas a normas y sujetas a derechos y a obligaciones y que, consecuentemente, pueden infringir normas⁷. Y es que, en efecto, tal argumento (que podrá, ciertamente, justificar la existencia de un *hecho propio* de las PJ, como veremos después) carece de consistencia para fundamentar una genuina RPPJ en sentido estricto, al tratarse de una infracción de normas de valoración, mas no de determinación o de deber⁸.

loable y confesada finalidad de evitar una “objetivización” de la RPPJ (vid., p. ej., GÓMEZ-JARA, 2019, p. 183). Sin embargo, tal objetivización puede eludirse perfectamente si se acoge un planteamiento como el que expondré en las páginas siguientes, que se basa en reconocer la existencia de una infracción penal *propia* de la PJ, alejada de todo aspecto vicarial. Sobre dichas construcciones vid. también críticamente, por todos, DÍAZ G.-CONLLEDO, 2023, pp. 12 ss. y 25 ss. Desde la concepción significativa de la acción CARBONELL (vid. ya 2009, pp. 315 ss.), G. CUSSAC (2012, pp. 1033 ss., 2020, pp. 336 ss. 2020-a, pp. 429 ss.), y BUSATO (2019, pp. 95 ss.) también han sostenido que la RPPJ deberá fundamentarse de modo similar al de las personas físicas, dado que lo que se imputa es –dicho sintéticamente– una conducta ilícita que ha de ser exigible personalmente, llegando a la conclusión de que ni la acción ni, incluso, la culpabilidad pueden ser escollos dogmáticos para admitir dicha responsabilidad. Por tanto, el hecho de que ello implique, o no, una carencia o un defecto de organización empresarial es algo que habrá de comprobarse caso por caso, puesto que se pueden realizar conductas con significado típico con una perfecta organización y se pueden cometer con o sin dolo (o, en su caso, con imprudencia), concebido como un compromiso con la vulneración del bien jurídico. Pese a lo anterior, cabe precisar que G. CUSSAC (2019, pp. 119 s.) reconoce que del art. 31 bis se deriva que la PJ no “comete” delito alguno y que quien lo “comete” es la persona física integrante de la PJ.

⁶ Cfr. SILVA, 2016, pp. 671 s. y 675, resaltando, en particular, que, según el art. 10 CP, solo constituyen delito “las acciones u omisiones” dolosas o culposas, que, por tanto, solo pueden ser realizadas por personas físicas (porque solo ellas tienen capacidad de obrar, o, en otros términos, de agencia moral atribuible a título de dolo o culpa). Vid. además, críticamente también, entre otros: GÓMEZ MARTÍN, 2012, pp. 360 ss., ROBLES, 2014, pp. 203 ss., CIGÜELA, 2015, pp. 96 ss., y 2020, 5.1., GOENA, 2017, pp. 64 ss.

⁷ Vid. CARBONELL 2009, 317, quien ejemplifica que nadie puede dudar de que sea posible atribuir una significación a un acuerdo emanado de una Junta General de accionistas o de un Consejo de Administración, en el que lo relevante no es ya que exista un determinado número de votos situados por encima de sus cabezas o manejando determinados mecanismos electrónicos, sino que se adoptan decisiones que afectan a terceros y que quienes las adoptan pueden hacerlo simplemente porque el Derecho ha decidido reconocer esa voluntad como independiente de la de las personas físicas que la impulsan. Vid. además GONZÁLEZ CUSSAC 2012, y 2020-a, pp. 430 ss., CARBONELL, 2020, p. 534.

⁸ Vid. por todos CIGÜELA, 2015, pp. 96 ss. y pp. 382 s.

Por consiguiente, desde la perspectiva de la concepción significativa del delito, aunque se admitiese como mera hipótesis que la PJ realiza una *acción* en sentido jurídico-penal, no es posible sostener que lleva a cabo una acción *ilícita* (o subjetivamente antijurídica, con dolo⁹ o imprudencia), integrante de la pretensión de ilicitud, ni, por supuesto, una acción *culpable*, integrante de la pretensión de reproche.

Ahora bien, me interesa recalcar que lo anterior no se opone a que quepa reconocer la existencia de una *infracción penal* (no un *delito propio* de las PJ¹⁰, integrada exclusivamente por elementos objetivos y basada en la vulneración de la norma de valoración. Y, a tal efecto, el paradigma que ofrece la concepción significativa (eso sí, despojado de todo ingrediente subjetivo), puede ofrecer un modelo teórico consistente, según expongo a continuación en el siguiente epígrafe.

1.2. Admisibilidad de una RPPJ en sentido amplio, basada en la lesión de la norma de valoración, en el marco de un nuevo subsistema penal

1.2.1. Naturaleza y fundamento de la *infracción penal* de la PJ. De la lógica del beneficio a la lógica de la prevención (que integra la lógica de la colaboración) e, indirectamente, al fomento de una cultura de la legalidad

Comparto la idea –sustentada por un buen número de penalistas– de que habría sido preferible que la RPPJ hubiese permanecido fuera

⁹ Desde la perspectiva de la concepción significativa, el dolo requiere en el agente conocimiento y voluntad de realizar el hecho típico, con independencia de que para su constatación se utilicen criterios normativos de sentido. En general, sobre la imposibilidad de hablar de dolo e imprudencia de la PJ, vid., por todos, convincentemente y con indicaciones, DÍAZ G.-CONLLEDO, 2023, pp. 9 ss., con especial referencia crítica a la reciente tesis de BENDEZÚ (2021, pp. 22 ss.).

¹⁰ Por ello, creo que es preferible evitar el uso del término *delito*, aun cuando se adjetive de *corporativo* (de acuerdo, vid. DÍAZ G.-CONLLEDO, 2023, pp. 17 ss.), por más que esta expresión (propuesta ya anteriormente, según indiqué, por FEIJOO, 2015, p. 13 y *passim*) se halle plenamente extendida en la jurisprudencia. Vid. la importante STS 221/2016, de 16-3 (Pte. Marchena), en la que se acuña la expresión de “delito corporativo”, pasando rápidamente a emplearse por la jurisprudencia de las Audiencias provinciales y Juzgados de lo Penal. Sobre esta sentencia vid., por todos, indicaciones en FEIJOO, 2016-a, pp. 130 ss., y 2016-b, pp. 35 ss.; GÓMEZ-JARA, 2020, pp. 75 ss., quien asume también la terminología de *delito corporativo*, así como la de *actor corporativo*, y, consecuentemente, propone utilizar la expresión *delito individual* (p. 81), a efectos didácticos, para aludir al delito realizado por la persona física integrante de la PJ, que constituye el denominado *hecho de conexión* de la RPPJ. Por supuesto, esta discrepancia en la terminología no me impide compartir con estos penalistas y con el TS las razones por las que puede hablarse de un *hecho penal propio* de la PJ, compuesto de una omisión y un resultado, como explicaré a continuación.

del ámbito jurídico-penal¹¹; pero lo cierto es que el legislador español decidió que fuese una responsabilidad *penal*¹² y les asignó unas consecuencias jurídicas a las que denomina “penas”¹³.

Desde luego, el hecho de que la PJ no pueda lesionar normas jurídico-penales de determinación (ni, a mi juicio, pueda realizar ya una *acción* en sentido jurídico-penal) ni pueda ser sancionada con auténticas penas no implica que no pueda ser responsable de una *infracción penal* (no un *delito*) en sentido amplio y ser sancionada con otras consecuencias jurídico-penales en el marco de un subsistema penal (o, si se prefiere, un sistema *cuasipenal*, como prefieren calificarlo algunos), bien dentro

¹¹ Desde luego, hay un acuerdo básico sobre la necesidad de reaccionar frente a la *propia* PJ, cuando sus integrantes cometen un delito en su nombre, y sobre la conveniencia de establecer modelos preventivos que fomenten buenas prácticas en la PJ de cara a evitar la realización de delitos. Vid. por todos DÍAZ G.-CONLLEDO, 2023, p. 3. Eso sí, la controversia surge ya en cuanto se trata de precisar cuál es el sector del Ordenamiento jurídico encargado de esta regulación, algo que desborda los límites de este trabajo. Una opinión bastante extendida (que comparto) se inclina por incluirla en el Derecho administrativo sancionador (vid. por todos SILVA, 2023, pp. 21 ss., con indicaciones), si bien se ha objetado incluso que, en la medida en que se considere que la mayoría de los presupuestos del Derecho penal rigen también para aquél, no parece plenamente correcto afirmar que la PJ “realiza” una infracción administrativa (así, vid. por todos, DÍAZ G.-CONLLEDO, 2023, pp. 33 s.). Por su parte, una regulación próxima al Derecho civil de daños solo tendría en cuenta la idea de resarcimiento o compensación por un beneficio ilícito, que, desde luego, no es el fundamento (al menos no el fundamento primordial) de la RPPJ, y marginaría la dimensión preventiva, aparte de no adecuarse a las características de la responsabilidad civil por daños del sistema español, que no reconoce daños punitivos (cfr. DÍAZ G.-CONLLEDO, *ibid.*). Otras propuestas merecedoras de atención han sido su inclusión en un (de *lege lata* inexistente) *Derecho de intervención*, en la línea sugerida por HASSEMER, o incluso en un *Derecho penal de segunda velocidad* en el sentido desarrollado por SILVA (como subsistema radicalmente separado del subsistema penal previsto para las personas físicas). Con respecto a estas propuestas, vid. por todos SILVA, 2023, pp. 22 ss., con indicaciones de anteriores trabajos suyos, así como de trabajos ajenos, si bien sigue considerando que tales propuestas serían una “segunda opción” o un “mal menor”, frente a la preferible, el Derecho administrativo sancionador.

¹² Con toda razón afirma FEJOO (2015, p. 69) que el reconocimiento de una responsabilidad penal propia de la PJ, añadida a la de las personas físicas, “es sumamente discutible, pero –guste o no– forma parte del ordenamiento jurídico-penal español”. En sentido similar, vid. SILVA, 2020, pp. IV y V, donde propone un modelo garantista de RPPJ próximo al que aquí preconizo, pese a reconocer que el legislador español decidió (a su juicio, “con mal criterio”) que la responsabilidad de las PJ fuese precisamente penal. En la jurisprudencia vid. la STS 221/2016, de 16-3.

¹³ El hecho de que, a mi juicio, no quepa hablar de *penas* en sentido *material* o *propio* no implica que tengamos que renunciar a denominarlas penas, siempre que se aclare –como aquí hago en sintonía con otros penalistas– que esa denominación se emplea en términos estipulativos o convencionales. Vid., p. ej., SILVA, 2020, pp. IV y V, quien subraya que las sanciones penales previstas para las PJ son, en su denominación y contenido, idénticas a las administrativas, variando sólo su significado simbólico por su contexto jurídico-penal, tanto sustantivo como procesal; DÍAZ G.-CONLLEDO, 2023, quien, de *lege ferenda*, propone denominarlas *medidas* (pp. 27 s.).

del CP¹⁴, bien (preferentemente) en una ley penal especial¹⁵.

Pues bien, a la vista de la regulación del CP español, no veo inconveniente dogmático en reconocer una RPPJ *en sentido amplio*¹⁶, sin imputar a las PJ la *realización o comisión* de *delitos* (y, por tanto, sin admitir para ellas las categorías de la teoría jurídica del delito en sentido propio), en el marco del referido subsistema penal, que, en un proceso penal, les imponga consecuencias penales (que no *penas* en sentido estricto o propio, equiparables a las que se prevén para las personas físicas) destinadas a combatir su peligrosidad objetiva y con base en unas *reglas de imputación objetiva propias* adaptadas a la infracción penal de las PJ.

En lo que atañe, en concreto, a las *consecuencias penales*, comparto la idea de que, si bien no son auténticas penas en sentido material¹⁷, tampoco son meras consecuencias de naturaleza jurídico-civil, como, sin embargo, sostienen algunos penalistas¹⁸, que renuncian a hablar

¹⁴ Si se decide que la responsabilidad de las PJ debe ser materia penal, la cuestión de su ubicación en el CP o en una ley penal especial no posee mayor relevancia, siempre que se asuma (como aquí hago) que la RPPJ se inserta en un subsistema autónomo, independiente y complementario con respecto al sistema central de responsabilidad penal, que es el de las personas físicas (vid. en este sentido FEJOO, 2023, pp. 85 s.). Sentado esto, la que, desde luego, me parece de todo punto inadecuada es la ubicación de la RPPJ en el lugar que actualmente ocupa en nuestro CP. El emplazamiento idóneo en el seno del CP habría sido su previsión en un nuevo Título IV bis, tras la regulación de las medidas de seguridad, como ya propuso de *lege ferenda* NIETO (2008, p. 322), con el fin de evidenciar la idea de que se trata de “una tercera vía”, o sea, “de una sanción de naturaleza penal, distinta a penas (Título III) y medidas de seguridad (Título IV)”.

¹⁵ En el caso de que el legislador se incline por conferirle naturaleza penal, me parece preferible esta opción de la ley especial, porque permitiría subrayar la peculiaridad de la infracción penal de la PJ (y sus sanciones) frente al delito de la persona física (y sus penas), así como también permitiría regular en un mismo texto tanto los aspectos sustantivos como los procesales (vid., por todos, DÍAZ G.-CONLLEDO, 2023, pp. 28 y 33), y sin descartar la conveniencia de la previsión de infracciones y sanciones administrativas en el mismo cuerpo legal.

¹⁶ Utilizando esta expresión, vid. ya MIR, 2011, pp. 127 ss., y, posteriormente, 2014, p. 13, y 2020, pp. 1337 ss. Vid. además, entre otros, DÍAZ G.-CONLLEDO, 2023, p. 21. Con todo, conviene aclarar el sentido de esta expresión según explico a continuación en el texto, puesto que también es empleada por otros autores como, v. gr. ROBLES (2011, y 2014, p. 222) con un significado diferente, esto es: aduciendo que es una responsabilidad que no responde a principios de justicia conmutativa, sino distributiva, y que está anclada en principios jurídicos extrapenales (p. 223), o, si se prefiere, una *responsabilidad sólo formalmente penal*, en el sentido de que consiste en un sistema de imposición de *cargas* en el contexto de la comisión de hechos delictivos por parte de las personas físicas que actúan en su seno.

¹⁷ Las PJ no son agentes morales: vid. por todos CIGÜELA, 2015, pp. 243 ss., y 2020, 5-1.

¹⁸ Vid. singularmente ROBLES (2011, y 2014, p. 239), para quien solo cabría hablar de una *analogía parcial* con las auténticas penas previstas para las personas físicas, basada en elementos formales (resultan gravosas y son impuestas por un juez penal en un procedimiento penal), puesto que en realidad no se trata de penas retributivas, sino de meros *incentivos preventivos*. Con todo, más recientemente ROBLES (2021, pp. 329 ss.), tras examinar las tres posibles formas

ya de un sistema de responsabilidad penal de las PJ (siquiera sea como un subsistema penal o sistema “*cuasipenal*”) y pretenden sustituirlo por algo parecido a una mera participación a título lucrativo de la PJ o a un enriquecimiento injusto¹⁹.

Eso sí, entiendo que dichas consecuencias penales deben ser comprendidas desde el paradigma de la responsabilidad estructural, y no desde una perspectiva análoga a la que informa la responsabilidad de las personas físicas²⁰. Y, en particular, en lo que concierne a la multa, hay que entender que esta no se fundamenta en la retribución de un hecho (sedicentemente) “culpable” de la PJ²¹, sino que se basa en la idea de intervenir en la estructura organizativa de la empresa

alternativas de justificar la atribución de responsabilidad a la PJ (la lógica del beneficio, la lógica del favorecimiento y la lógica de la colaboración), concluye que solamente *esta última* ofrece una legitimación razonable, a la vista de la labor del Estado de fomentar incumbencias cuasifuncionariales (de *colaboración activa*) de prevención y detección de delitos para la empresa. Vid. también vid. GÓMEZ MARTÍN, 2012, pp. 252 ss.; GRACIA, 2014, pp. 147 ss. y 2015, pp. 149 ss., para quien se trata de consecuencias accesorias de naturaleza civil o policial o de naturaleza coercitiva no sancionadora.

¹⁹ Vid. por todos, críticamente, ya FEJOO, 2015, pp. 41 ss., 44, 45 y 47, subrayando, correctamente, que la regulación del CP español no responde a un sistema de justicia distributiva, vinculada a un enriquecimiento injusto o a un injusto de enriquecimiento indebido y basada primordialmente en la equidad (en la distribución equitativa de costes), dado que las sanciones deben guardar proporción con la gravedad del hecho propio la PJ, según se deduce de lo dispuesto en el art. 66 bis CP para la determinación de la pena de multa como pena principal, al establecer un sistema de determinación proporcional al hecho de la PJ, así como para la determinación de otras sanciones, basado en criterios como el de la letra c) del art. 66 bis-1^a. En suma, la PJ carga con los costes pero solo en la medida en que es hecha responsable de un hecho (objetivamente) propio que favoreció la comisión del delito por parte de la persona física. Vid. también, críticamente, SILVA, 2016, pp. 672 ss., quien, tras analizar ya el significado de la reforma de 2015 con la introducción del *compliance*, arguye que el modelo puro de la transferencia conduce a un *non liquet*, puesto que niega cualquier clase de RPPJ, siendo así que esto aparece desmentido por las consecuencias penales previstas por el legislador para las PJ (que no son meramente jurídico-civiles).

²⁰ Vid. singularmente CIGÜELA, 2015, pp. 336 ss., y 2020, 5.2.; GOENA, 2017, pp. 66 ss. y 93 ss.; SILVA, 2023, pp. 10 ss. Vid. también FEJOO, 2023, pp. 83 y n. 168, quien, si bien en principio, y en sintonía con nuestra jurisprudencia, parte de la base de que las consecuencias previstas para las PJ son *penas*, acaba matizando que no se trata de las mismas penas que se prevén para las personas físicas y situándose en una posición intermedia o moderada entre quienes establecen una equivalencia absoluta con las penas previstas para las personas físicas (GÓMEZ-JARA) y quienes niegan cualquier naturaleza penal a dichas consecuencias (ROBLES, GRACIA, BOLDOVA). Antes de la introducción de la RPPJ en nuestro CP, vid. ya de *lege ferenda*, NIETO, 2008, pp. 38 ss. y *passim*.

²¹ Algunos penalistas, como FEJOO (2015, p. 45), hablan de una naturaleza *retributiva* de las sanciones, pero matizando, correctamente, que se trata de una retribución peculiar, que no se puede identificar con la que se prevé para dar respuesta a los delitos realizados por las personas físicas. Se trataría de una naturaleza retributiva “en sentido amplio” (proporcionalidad entre la sanción y la gravedad del hecho empresarial), en sintonía, asimismo, con la previsión de unas penas en sentido también amplio o impropio, o, si se prefiere, *cuasipenas*.

(disminuyendo su patrimonio en grado proporcional al defecto organizativo) para motivar a sus directivos (prevención especial), y a los directivos de otras empresas (prevención general) con el fin de que mantengan sus organizaciones libres de defectos organizativos favorecedores de la comisión de delitos²². En lo que concierne a las restantes sanciones, también hay que entender que son medidas aplicadas a la estructura empresarial, encaminadas a asegurar la inocuidad de su peligrosidad²³ y, en todo caso, con un sentido preventivo frente a personas físicas²⁴ (administradores y socios) con el fin de que adopten programas de prevención del delito en el seno de la empresa²⁵.

²² Cfr. CIGÜELA, 2015, pp. 337 s.; con amplitud, vid. además ya BAUCELLS, 2013, pp. 189 ss. En este sentido, comparto la idea de que la multa impuesta a la PJ (así como las restantes sanciones) posee *efectos directos* sobre las personas físicas que la integran. Vid. ya GÓMEZ MARTÍN, 2012, pp. 378 s.; BOLDOVA, 2022, p. 32. Vid., asimismo, DÍAZ G.-CONLLEDO, 2023, p. 21, subrayando, a mi juicio correctamente, que la conminación penal prevista para la PJ no opera sobre la “organización” en cuanto tal, sino que opera sobre dichas personas físicas encargadas del cumplimiento normativo, únicas destinatarias posibles de los mensajes preventivos de la norma, por más que esas personas físicas no tengan por qué ser las responsables del concreto delito cometido y puedan ser incluso cambiantes en el tiempo y en la construcción de la organización (p. 25). De otra opinión, de forma coherente con sus premisas metodológicas, FEJOO, 2023, pp. 6 ss., arguyendo, precisamente, que la PJ “puede tener socios o partícipes distintos a los que eran titulares del capital social en el momento de los hechos”, lo cual es descriptivamente correcto, pero, como explico más abajo, ello es lo que, desde mi punto de vista, hace cuestionable la existencia de una RPPJ, como la regulada en nuestro CP.

²³ Vid. CIGÜELA, 2015, p. 338.

²⁴ Vid. DÍAZ G.-CONLLEDO, 2023, pp. 27 ss., quien, sentado que la prevención se dirige en todo caso a las personas físicas como acabo de indicar dos notas más arriba, reconoce también acertadamente la *dimensión organizativa* de la PJ, que la hace peculiar y distinta a cada una de las personas físicas que se integran en distintas posiciones en ellas y también al conjunto de ellas, en atención a lo cual concluye que la previsión de la RPPJ persigue la prevención de riesgos penales (de comisión de delitos en nombre, por cuenta y en beneficio de la persona jurídica) dimanantes de la propia estructura de la corporación. Todo ello implica, en particular, que la prevención especial operaría frente a personas físicas distintas de los individuos que cometieron el delito, en concreto frente a quienes están en las posiciones de control en la PJ, e incluso frente a personas que han alcanzado las posiciones de control después de cometido el delito y, por tanto, sin conexión alguna con él (pp. 31 s.). Según reconoce DÍAZ, estas repercusiones de dicha dimensión organizativa de la PJ en materia de prevención especial habían sido subrayadas ya anteriormente por LUZÓN PEÑA (P.G., 3ª ed., 2016, L. 1/35 (p. 11).

²⁵ Me parece muy relevante aclarar, de cara a lo que explicaré después, que la finalidad de la coacción intimidatoria que recae aquí sobre los destinatarios de la conminación penal abstracta (administradores y socios) no consiste en que estos se abstengan personalmente de la comisión de delitos (para eso ya existen las conminaciones penales que se les dirigen como personas físicas), sino en que impulsen programas de *compliance* que impidan el favorecimiento de delitos, con lo cual el efecto de prevención que se ejerce sobre administradores y socios tiene además una finalidad indirecta de prevención especial positiva (resocialización) relativa a la “empresa como riesgo”. Vid., sobre este aspecto, SILVA, 2021-a, pp. vi ss. y 2023, pp. 13 ss., con una pormenorizada explicación del modo en que en el sistema de la RPPJ opera (por vía indirecta) una lógica de prevención general intimidatoria (sobre administradores y socios) al servicio de la prevención especial, a saber (p. 15): por un lado, se pretende incentivar a estos sujetos para que

Ahora bien, la legitimidad de un modelo “preventivo general indirecto” así definido (orientado a la prevención especial de todos los miembros de la empresa) está supeditada en todo caso a la adopción de una serie de límites externos a la prevención, basados en criterios de “justicia distributiva”²⁶, que permitan restringir teleológicamente la RPPJ.

Trasladando este modelo a la regulación del CP español, resulta obvio entonces, a mi juicio, que la omisión de medidas idóneas de prevención de delitos tiene que erigirse, por de pronto, en el presupuesto

intenten impedir fácticamente (prevención fáctica) los delitos que desencadena la RPPJ (o sea, para que adopten medidas de seguridad predelictivas, eso sí, de forma *privada*); por otro lado, además de lo anterior, se pretende incentivar a los administradores y socios para que traten de influir comunicativamente sobre las personas físicas que podrían cometer dichos delitos (directivos y empleados), de modo que se abstengan de cometerlos (prevención comunicativa interna). En un sentido similar, compartiendo esta explicación, vid. BOLDOVA, 2022, p. 33 y n. 88. Por lo demás, a la vista del modo en que realmente opera la llamada RPPJ (más allá de los conceptos ficticios sobre los que formalmente se asienta en el CP), lo que cabría argüir es que (además de razones dogmáticas o conceptuales) hay razones pragmáticas que se oponen a la existencia de una genuina RPPJ en sentido estricto. Vid. señaladamente SILVA, 2023, pp. 3 ss., quien, tras hacerse eco de las numerosas críticas dirigidas a la RPPJ en los Estados Unidos por parte de la doctrina norteamericana, subraya que, de un lado, en la práctica esta no opera como una responsabilidad penal (se trata de un Derecho penal absolutamente administrativizado) y que, en cambio, de otro lado, bloquea la responsabilidad penal formal de los administradores y directivos de las empresas. Añade con razón, en particular, SILVA (p. 17) que la RPPJ actúa, realmente, como un mecanismo de prevención general de intimidación y de sanción “informal” de personas físicas, impactando indiscriminadamente sobre la reputación de administradores, directivos y socios (o sea, prescindiendo de si *merecen* ese impacto por la *realización* de algún *delito*), y máxime cuando la RPPJ opera como elemento de negociación en una sentencia de conformidad, de tal manera que podría suceder que impacte más en quien menos lo *merezca* y, en cambio, permita reducir la condena de quien lo *mereciese* en mayor medida. En síntesis, la RPPJ cumple una función mistificadora, en la medida en que encubre lo que realmente hace, a saber: intimidar a administradores y socios para que sean agentes de prevención especial (p. 20). De acuerdo, vid. también BOLDOVA, 2022, p. 33 y n. 88. Vid., sin embargo, LASCURAÍN (2022, pp. 191 ss.) quien considera que el sistema de RPPJ instaurado en el CP es justo porque es eficaz (posee efectos preventivos, al afectar severamente a los centros decisores de la PJ) y porque es eficiente (los costes de la intervención penal resultan soportables, dado que no se vulneran los principios fundamentales del Derecho penal, por más que no se respete de modo pleno el principio de personalidad de las penas). Vid. además anteriormente 2020 (I y II).

²⁶ Las expresiones entrecomilladas del texto son de SILVA, 2023, p. 20, quien agrega que tales criterios no serían de retribución de una inexistente culpabilidad, sino de proporcionalidad en su contenido y de equidad en el sistema de atribución de responsabilidad. En todo caso, dichos límites adicionales se vincularían al estado de cosas peligroso existente en la PJ (p. 21). Vid. ya anteriormente y con amplitud CIGÜELA, 2015, pp. 305 ss. y 370 ss. En este contexto cabe mencionar a LASCURAÍN (2022, pp. 191 ss.) desde el momento en que considera que el sistema de RPPJ instaurado en el CP es justo porque es eficaz (posee efectos preventivos, al afectar severamente a los centros decisores de la PJ) y porque es eficiente (los costes de la intervención penal resultan soportables, dado que no se vulneran los principios fundamentales del Derecho penal, por más que no se respete de modo pleno el principio de personalidad de las penas). Vid. además anteriormente 2020 (I y II).

básico de la infracción penal de la PJ. Pero con el límite añadido de que tal omisión no es condición suficiente, desde el momento en que es imprescindible acreditar que generó un riesgo que, merced a una conexión de imputación objetiva, se materializó en un delito por parte de un integrante de la PJ, realizado en su nombre y en su beneficio.

Es mérito de SILVA haber esbozado un modelo completo de RPPJ teleológicamente orientado, incluso con anterioridad a la reforma del CP de 2015 (por tanto, antes de la inclusión de la denominada “eximente” de implantación de modelos de *compliance*), en el que se exige la presencia de un “estado de cosas” (lo que no quiere decir, evidentemente, que calificase a las PJ de “meras cosas”²⁷) objetivamente antijurídico, esto es: una realidad *objetivamente favorecedora* de la comisión de delitos por parte de las personas físicas que integran la PJ, que lesiona normas jurídico-penales de valoración, concebida como un injusto meramente sistémico (que ni siquiera puede ser objetivamente típico con base en los tipos -de autoría- de la Parte especial del CP) y despojado, por supuesto, de todo aspecto subjetivo²⁸, en virtud de lo cual no solo no cabría hablar de una *culpabilidad*²⁹ de la PJ, sino que

²⁷ Es más, entiendo que, en rigor, el mero “estado de cosas peligroso” es algo que cabría identificar como fundamento de la imposición de las consecuencias accesorias del art. 129 CP. Vid. FEJOO, 2015, p. 47.

²⁸ SILVA, 2013, pp. 34 ss. Más recientemente, tras la reforma de 2015, este penalista (2020, pp. IV y V) desarrolla el modelo de RPPJ que más le convence y que, según él, es perfectamente compatible con la regulación legal española vigente. Este modelo puede ser calificado, en su opinión, de *mixto* o *intermedio*, en la medida en que tiene en común con el vicarial que la PJ responde por un hecho típico ajeno (de una persona física), pero en él se añade a los requisitos de los sistemas vicariales —que provienen del Derecho civil de daños— un elemento de Derecho público, esto es, el estado de cosas peligroso de la PJ, que favorece la conducta delictiva de los integrantes de la empresa. La adición de este requisito no escrito —en beneficio del reo— se realiza en virtud de un argumento de reducción teleológica, al que, desde 2015, es posible añadir en España otro argumento de carácter lógico-sistemático: las PJ responden desde siempre en el Derecho administrativo, sin que ello haya sido objetado prácticamente por nadie y las sanciones penales para las PJ son, en su denominación y contenido, idénticas a las administrativas, variando sólo su significado simbólico. En una línea similar discurre la caracterización que propone BOLDOVA, 2022, pp. 26 ss., según indiqué más arriba, aludiendo a un “desvalor de estado o situación” (integrado por el defecto de organización) y un “desvalor del resultado” (integrado por el delito cometido por la persona física, que debe ser la materialización del peligro generado por el defecto de organización).

²⁹ Me refiero a una culpabilidad análoga o equivalente a la que se predica de las personas físicas, que, según la opinión dominante, en la que me incluyo, debe ser concebida como reprochabilidad, o accesibilidad normativa o motivabilidad normal (vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, RP, 50/2022, pp. 164 ss.), y que, consecuentemente, es difícilmente predicable, ni siquiera de manera analógica, de la PJ (vid., por todos, CIGÜELA, 2015, *passim*, y 2020, 5.1.; DÍAZ G.-CONLLEDO, 2023, p. 13). Cuestión diferente es que se emplee el término *culpabilidad* en un sentido diferente, como, v. gr., el empleado en su propuesta de regulación por NIETO (2008, pp. 324 s. y *passim*), esto es, entendiéndola como una *culpabilidad de la organización*, “que radica en no haber implementado, o haberlo hecho de forma ineficaz, un Código de prevención

tampoco cabría hablar ya de una *acción*.

La única analogía posible con la imputación subjetiva (individuación o personalización de la responsabilidad) en el ámbito de la persona física vendría dada, en todo caso, por la “medida de la gravedad” del defecto estructural de la PJ que ha propiciado la comisión del hecho delictivo por parte de la persona física, adecuando la sanción de la PJ a las características estructurales y contextuales de esta, así como, especialmente, a su grado de influencia en la acción delictiva individual³⁰.

Compartiendo la fundamentación y las líneas esenciales de este modelo (y sin perjuicio de los matices que expondré más abajo al analizar la estructura de la infracción penal de la PJ)³¹, lo que, de momento, me interesa anticipar aquí es que el modelo plasmado en el CP español en los arts. 31 bis y ss., tras la reforma de 2015, autoriza a hablar de un modelo que, ciertamente, podría ser calificado (como hace SILVA) de *intermedio*, en un doble sentido: por un lado, porque de la regulación del CP se desprende que, si bien la PJ no realiza un *delito* propiamente dicho, tampoco responde penalmente por el simple hecho de que un integrante cometa un delito por cuenta de ella y en su beneficio; por otro lado, porque, si bien se asume que el art. 31 bis-1 contiene una mera *regla de imputación* de responsabilidad a la PJ por el delito cometido por la persona física, se añade una reducción

destinado a prevenir o investigar la clase de delito que se ha realizado”. Repárese en que este concepto de *culpabilidad* equivale entonces a *responsabilidad penal* de la *propia* PJ (o *infracción penal propia* de la PJ), según se desprende ya del tenor del art. 2 de la propuesta de NIETO, una responsabilidad que es *independiente* de la responsabilidad de la persona física (vid. art. 4 de dicha propuesta). Eso sí, creo, en todo caso, que incluso en este sentido debería evitarse el vocablo *culpabilidad*.

³⁰ Cfr. ya, antes de la introducción de la RPPJ en nuestro CP, NIETO, 2008, p. 160, quien aclaraba, con razón, que “el pretendido tipo subjetivo (scil. de la infracción penal de la PJ) no es, por tanto, sino la intensidad de la relación entre el defecto de organización y el comportamiento del autor (scil., persona física)”; también CIGÜELA, 2015, pp. 310 y 314 ss. Vid. además NIETO, 2008, pp. 155 ss., sometiendo a acertada revisión crítica las propuestas (fundamentalmente las de ZÚÑIGA, 2000, pp. 236 ss. y GÓMEZ-JARA, 2006, pp. 139 ss.) de hallar un dolo o una imprudencia en la PJ.

³¹ Aquí baste con anticipar que, a diferencia de lo que sostiene SILVA, 2020, pp. IV y V, (para quien el referido “estado de cosas peligroso” es un elemento supralegal implícito desvinculado de la ausencia de las medidas eficaces de prevención de delitos), a mi juicio el estado de cosas peligroso es precisamente la consecuencia de la ausencia de tales medidas. Por tanto, ello comporta que, por de pronto, esta ausencia se erija como el auténtico *presupuesto* de la infracción penal de la PJ, pero con la importante particularidad añadida de que, a través de la ausencia de las medidas preventivas, se origina el estado de cosas defectuoso y peligroso favorecedor de la comisión de delitos, que acaba causando un *resultado* (el delito cometido por la persona física). Así, este (usualmente, así denominado) “delito individual” no es, pues, una mera condición objetiva de punibilidad, sino que se vincula al presupuesto por una conexión de riesgo según el modelo de la imputación *estrictamente* objetiva.

teleológica sobre la base de exigir la constatación de dicho estado de cosas objetivamente favorecedor de la comisión de delitos por parte de las personas físicas que las integran, esto es, añade al “criterio del beneficio” el “criterio del favorecimiento”³².

No obstante, con respecto a esto último, me interesa matizar que, a mi modo de ver, tras la reforma de 2015 el criterio primordial de justificación de la RPPJ pasa a ser el criterio del favorecimiento, en la medida en que la ausencia de medidas eficaces de prevención de delitos se erige en el presupuesto de la infracción penal de la PJ y que el delito cometido por la persona física debe ser concebido como una consecuencia del riesgo creado con dicha ausencia. Es más, creo que, precisamente por la función básica que hay que atribuir a esta ausencia de medidas en la regulación del CP, el criterio del favorecimiento debe ser completado con el criterio de la colaboración³³, desde el momento en que, a mi juicio, la lógica de la colaboración queda integrada³⁴ ya necesariamente en la lógica del favorecimiento tal y como aquí la concibo³⁵.

³² Vid. SILVA, 2016, p. 672. Con todo, vid. lo que indico dos notas más abajo, sobre el último trabajo de este penalista.

³³ Recuérdese que, para ROBLES (2021, pp. 329 ss.), la lógica de la colaboración es la que puede ofrecer una legitimación razonable, a la vista de la labor del Estado de fomentar incumbencias cuasifuncionarias (de *colaboración activa*) de prevención y detección de delitos para la empresa. En la línea de otorgar preponderancia a la lógica de la colaboración, vid. además GALÁN, 2017, pp. 212 ss., para quien la RPPJ se deriva directamente de los deberes preventivos (plasmados en los descritos en el art. 31 bis, y expresamente subrayados en el art. 31 bis-5-1^o y 3^o, donde se alude a los “delitos que deben ser prevenidos”) que el Estado impone a la PJ con el fin de obligarla a *colaborar en la prevención* de delitos que se cometan en su ámbito, pero siempre que la infracción del programa de cumplimiento incremente el riesgo de comisión de un delito. Eso sí, la originalidad del planteamiento de este penalista reside en asumir que en la infracción penal de la PJ se lesiona una norma de determinación, en virtud de lo cual la imputación subjetiva se basaría en una (inter-) actuación *imprudente* de las personas físicas que actúan en el seno de la PJ, habida cuenta de que una actuación dolosa (que instrumentaliza a la PJ) eximiría de responsabilidad penal a la PJ y se castigaría a través de las normas que regulan las organizaciones criminales. Ni que decir tiene que esta última precisión no puede ser compartida, en atención a lo que expuse más arriba. Vid. además, críticamente, sobre la posibilidad de que las PJ sean propiamente destinatarias de deberes SÁNCHEZ-OSTIZ, 2016, pp. 610 ss.

³⁴ Sobre la insuficiencia de la lógica de la colaboración para fundamentar, por sí misma, la RPPJ vid. FEJOO, 2023, pp. 49 ss. y 55 s., para quien esta lógica (a la que denomina también “lógica del blanqueo”) sería suficiente para fundamentar sanciones administrativas, pero no para justificar una infracción penal.

³⁵ Con respecto a ello recuérdese que en su último trabajo el propio SILVA (2023) parte de la base de que la “estructura profunda” de la RPPJ responde a la lógica del favorecimiento de la comisión individual de delitos, en el sentido de que persigue el bloqueo de los factores favorecedores (p. 10), añadiendo que esa finalidad de neutralización de la peligrosidad de la PJ se consigue mediante la intimidación a administradores y socios para que implanten programas de *compliance* (no para que se abstengan personalmente de la comisión de delitos),

Finalmente, me interesa añadir que partir de la base de la prevención general intimidatoria (como aquí hago)³⁶ no supone desconocer que la RPPJ tiene también como efecto una finalidad de fomentar o promocionar una cultura de respeto al Derecho³⁷ e incluso (como indiqué más arriba) una finalidad indirecta de prevención especial positiva (resocialización), relativa a la “empresa como riesgo”³⁸. Y no supone desconocer, en particular, que la referida finalidad de fomentar o promocionar una cultura de respeto al Derecho puede cumplir una función limitadora, restringiendo la RPPJ, sobre todo si se asume (como aquí hago) que la adopción de medidas idóneas de prevención de delitos, reveladoras de una cultura de la legalidad, supone ya la ausencia del presupuesto básico de la infracción penal de las PJ y, consecuentemente, la inexistencia del *tipo indiciario* de esta infracción.

Esta finalidad de prevención general positiva ha sido reivindicada como el único y auténtico fundamento de la RPPJ por FEJJOO en diversos trabajos, y, especialmente, en el último de los publicados, en sintonía con la función general de estabilización normativa que, a su

convirtiéndolos en agentes de control de riesgos (“agentes de prevención especial”) e incluso en agentes de fomento (o de promoción) del respeto al Derecho (pp. 12 s. y p. 20). Vid. además pp. 14 y ss., donde explica cómo opera esta lógica preventivo-general al servicio de una prevención especial autogestionada. Y vid. anteriormente ya el trabajo de SILVA de 2021, p. 312, donde alude tanto a una finalidad preventivo-general (el estado de cosas peligroso, favorecedor del hecho delictivo, realizado por la persona física es algo que debe ser prevenido de modo general) como a una preventivo-especial (dicho estado constituye un foco de peligro que necesita una intervención inocuizadora o resocializadora). Reconociendo esta mayor incidencia de SILVA en los aspectos preventivo-generales, vid. FEJJOO, 2023, p. 68, n. 143.

³⁶ Por supuesto, parto de la base de que, con carácter general, la finalidad principal de las penas (con independencia de que se orienten también de alguna manera hacia a la prevención especial) es la prevención general *intimidatoria o negativa*, en la medida en que esta responde a una concepción liberal de las relaciones entre el Derecho y sus destinatarios, considerados como seres racionales. Ahora bien, ello no implica que deba descartarse una función de prevención general *integradora o positiva*, siempre que no se conciba como función *fundamentadora* de la pena (como manifestación autónoma de la prevención general), sino como un aspecto derivado de la prevención general intimidatoria, con una misión (en su caso) *limitadora* de la intimidación y vinculada a los principios garantísticos del Estado social y democrático de Derecho. Vid. ampliamente mi posición en MARTÍNEZ-BUJÁN, P.G., 6^a ed., 2022, pp. 86 ss. Por lo demás, entiendo que partir de la concepción de la prevención intimidatoria para fundamentar la RPPJ no implica incurrir en un “supuesto ilegítimo de heterorresponsabilidad” en el sentido de que “quien sufre la pena no es quien infringe la norma” (como, sin embargo, opina FEJJOO, 2023, p. 3). Como queda dicho, aquí parto de la pre-comprensión de que en la infracción penal de la PJ los únicos destinatarios de la norma penal y los únicos que la infringen son las personas físicas (administradores y socios).

³⁷ Esto es reconocido también por DÍAZ G.-CONLLEDO (2023, p. 31), partiendo de la idea básica de la prevención intimidatoria, cuando considera que la prevención general positiva operaría “alentando la conveniencia de establecer programas de cumplimiento de la legalidad”.

³⁸ Recuérdese que, según indiqué anteriormente, esto es reconocido asimismo por SILVA (2021-a, p. vi, y 2023, pp. 13 y 15).

juicio, debe cumplir la pena³⁹.

1.2.2. La PJ posee identidad propia y responde penalmente por un hecho objetivamente propio, con elementos también propios, según el paradigma de la responsabilidad estructural. Un modelo de autorresponsabilidad limitado

De lo expuesto en los epígrafes anteriores cabe inferir que la PJ no realiza un *delito* sino que *incurre* en una *infracción penal*. Por tanto, tal infracción no reúne las características de los *delitos* definidos en el CP, sino que se trata de una infracción de la norma de valoración (la PJ no infringe norma de conducta alguna), con unas reglas propias de imputación, desprovistas de toda connotación subjetiva.

Por consiguiente, aclarado lo que antecede, no hay inconveniente alguno en afirmar que la PJ responde por un *hecho*⁴⁰ que no una *acción u omisión) propio*, lo cual autoriza a hablar de un modelo de autorresponsabilidad, por más que no se trate de un modelo de autorresponsabilidad *puro*, habida cuenta de que este último modelo descarta que el hecho de conexión (el delito realizado por la persona física) pueda contribuir a fundamentar la infracción penal de la PJ y lo relega al papel de mero “presupuesto objetivo de la punibilidad”⁴¹. Eso sí, evidentemente, tampoco se trata de un modelo de transferencia limitado o mixto, en el sentido que usualmente se le otorga, esto es, en el sentido

³⁹ Vid. FEIJOO, 2023, pp. 6 ss., 45 s. y 61 ss.

⁴⁰ Obviamente, entiendo el vocablo *hecho* como algo diferente a la *acción* (a la que se alude en los arts. 1, 10 y concordantes del CP), esto es, de acuerdo con lo expresado en la acepción 5 de dicho vocablo en el Diccionario de la RAE, que define el hecho como “cosa que sucede”. Y este entendimiento se ha sostenido también en el ámbito de la filosofía de la acción. Vid. en este sentido ya VIVES, 1996, p. 205, donde define la *acción* como un “sentido que, conforme a un sistema de normas, puede atribuirse a determinados comportamientos humanos”, añadiendo que con arreglo a esta definición se puede trazar la diferencia entre “acciones” y “hechos”, entre lo que hacemos y lo que, simplemente, nos sucede: los hechos acaecen, las acciones tienen sentido (significan). Efectuada esta aclaración, tampoco debería existir mayor inconveniente en afirmar que la PJ *lleva a cabo* ese hecho (y es responsable de una infracción penal) en la medida en que es un actor económico que posee una identidad jurídico-social diferenciada de los individuos que la integran, pero siempre que se explique que la PJ no realiza *acción* alguna en sentido jurídico-penal (determinada e individualizable), sino que actúa a través de las *acciones* de sus miembros.

⁴¹ Como, p. ej., hace GÓMEZ-JARA, 2012, p. 129, o como sostenía NIETO (2008, pp. 324 s.) en su propuesta, cuando escribía que la realización del hecho delictivo por parte de la persona física “equivale a una condición objetiva de punibilidad, que atiende a razones de política criminal”, por más que, a renglón seguido, matizase que la comisión del hecho delictivo individual “denota una mayor gravedad del defecto de organización y, por tanto, un mayor merecimiento de sanción”. Más recientemente, esta es también la tesis de LASCURAÍN (2020-I, s.p.), quien afirma que la existencia del delito de la persona física operaría como condición objetiva de punibilidad, que (simplemente) haría constatar la gravedad efectiva del descontrol, y que, por ende, “el delito de la persona jurídica es un delito de mera conducta”.

de asumir que el auténtico fundamento de la RPPJ reside en el delito realizado por la persona física⁴².

En otras palabras, la PJ responde por un hecho propio, pero (como explicaré con detenimiento en epígrafes posteriores) ese hecho incluye la realización de un delito por parte de una persona física, vinculado por una conexión de riesgo al déficit organizativo de la PJ, según el modelo de la imputación *estrictamente* objetiva.

Por lo demás, se trata de una genuina responsabilidad *por el hecho*⁴³, con la particularidad de que se trata de una responsabilidad de características y criterios diferentes a los exigidos para las personas físicas⁴⁴.

Ahora bien, que admitamos una RPPJ por un hecho propio no significa que podamos hallar en la estructura de la *infracción penal* de la PJ unas categorías equivalentes a las existentes en la teoría jurídica del delito elaborada para el *delito* de la persona física⁴⁵.

Una plena equivalencia se ha sostenido, ante todo, sobre la base de una fundamentación de tipo sistémico, recurriendo a un concepto

⁴² En una línea similar a la que aquí expongo, vid., entre otros, ya FEJJO, 2015, pp. 74 ss., quien, tras descartar que el delito cometido por la persona física pueda calificarse de mera condición objetiva de punibilidad, critica, con razón, tanto a los defensores de un modelo de autorresponsabilidad puro de las empresas (al no ser capaces de integrar en el modelo el delito de la persona física) cuanto a los defensores de un modelo de transferencia limitado o mixto (en la medida en que asumen que el auténtico fundamento de la responsabilidad penal de la PJ reside en el delito de la persona física).

⁴³ Cfr. FEJJO, 2015, p. 76, quien descarta, con razón, que se trate de una “responsabilidad por el carácter”, una “responsabilidad por la conducción empresarial a lo largo del tiempo”, u otras expresiones semejantes que se han propuesto en la doctrina.

⁴⁴ En este sentido en la STS 221/2016, de 16-3, se indica que la responsabilidad penal de la PJ exige “la proclamación de un *hecho propio* con arreglo a *criterios de imputación diferenciados* y adaptados a la especificidad de la persona colectiva”.

⁴⁵ Criticando la equivalencia, vid. por todos, especialmente, y con amplias indicaciones, BOLDOVA, 2022, pp. 4 ss. y 32 y 34, quien, además rechaza que se pueda hablar de un “hecho propio” de la PJ. No obstante, lo que en realidad descarta este penalista es que pueda hablarse de una “responsabilidad por hechos propios *subjetivamente imputables*” (como hechos típicos, antijurídicos e incluso culpables) y que el fundamento de la RPPJ resida exclusivamente en el defecto de organización (p. 11). Por tanto, cabe anticipar aquí que -en una línea básicamente coincidente con la que aquí mantengo- BOLDOVA (2022, pp. 26 ss. y 32) admite la existencia de un “injusto objetivo”, que por cierto llega a calificar de “injusto propio” de la PJ, compuesto por un “desvalor de estado o situación” (integrado por el defecto de organización) y un “desvalor del resultado” (integrado por el delito cometido por la persona física, que debe ser la materialización del peligro generado por el defecto de organización). En fin, admite un injusto *objetivamente* propio, con la matización añadida, ciertamente, de que entonces no posee naturaleza “estrictamente penal, sino más bien de naturaleza administrativa o civil” (p. 14). Ni que decir tiene que, con independencia de que se pueda compartir esta posición de *lege ferenda*, lo cierto es que de *lege lata* la RPPJ se incluye en el CP. Ello obliga a construir una teoría jurídica de la *infracción penal* de la PJ basada en criterios teleológicos que permitan explicar (y restringir) racionalmente la RPPJ.

constructivista de la culpabilidad de la PJ⁴⁶, fundamentación que ha sido objeto de abundantes y certeras críticas⁴⁷ y que no se adapta a la regulación del CP español, la cual abarca también “las personas jurídicas de pequeñas dimensiones”⁴⁸.

También se ha sustentado dicha equivalencia sobre la base de asumir un sustrato humano en la RPPJ integrado por una especie de “acción colectiva” o una “intencionalidad colectiva” en contextos organizativos que expresaría una acción humana propia de la PJ diferente de las diversas acciones individuales aisladamente consideradas⁴⁹, una fundamentación que también ha sido objeto de certeras críticas⁵⁰, puesto que, si bien cabe admitir que la PJ posee una *identidad propia* desde la perspectiva organizativa, se trata de una identidad que trasciende lo puramente individual y que no puede ser identificada en modo alguno con la suma de las acciones individuales⁵¹. En otras palabras, puede decirse que se trata de la identidad de un *meta-sujeto*⁵².

En fin, la referida equivalencia se ha tratado de fundamentar asimismo sobre la base de la concepción significativa de la acción, según esbocé más arriba. Así, a juicio de CARBONELL⁵³, esta concepción estaría en condiciones de ofrecer un soporte teórico y dogmático adecuado para resolver el problema que plantea la exigencia de responsabilidad penal a las personas jurídicas, construyendo de forma coherente un concepto de acción y de culpabilidad plenamente válido para estos sujetos de derecho, que es común al que se mantiene para las personas físicas. Ello sería posible gracias a la liberación del “lastre del soporte físico” en los conceptos de acción y de culpabilidad que preconiza la concepción pergeñada por VIVES.

Sin embargo, con respecto a esta fundamentación, cabe reproducir las críticas dirigidas a las fundamentaciones de tipo sistémico. Pero, a mayores, cabe añadir que no se adecua a la concepción pergeñada por VIVES (y que yo asumo íntegramente), en virtud de la cual la

⁴⁶ Vid. singularmente ya GÓMEZ-JARA, 2005, pp. 261 ss., y 2005-a, pp. 427 ss. Últimamente, 2023, pp. 4 ss.

⁴⁷ Vid. por todos ya FEIJOO, 2015, pp. 52 ss., con amplias indicaciones doctrinales.

⁴⁸ Vid. FEIJOO, 2015, pp. 54 s., subrayando, con razón, que el modelo sistémico solo cobraría sentido en PJ especialmente complejas, dotadas de una autorreferencialidad suficiente.

⁴⁹ Vid. fundamentalmente ARTAZA, 2013, *passim*.

⁵⁰ Vid. por todos FEIJOO, 2015, pp. 66 s.

⁵¹ Sobre la caracterización de la PJ como realidad social diferenciada de los individuos que la integran, a los efectos de otorgar un contenido material a las infracciones *propias* de la PJ (y, en su caso, a la infracción *penal*), vid. FEIJOO, 2023, pp. 106 s.

⁵² Vid. por todos CIGÜELA, 2020, 5.2., aclarando acertadamente que el injusto estructural y objetivo de la PJ le pertenece a esta en un sentido (por así decirlo) débil, esto es, como “personificación distributiva y preventivamente útil de un actuar conjunto”.

⁵³ CARBONELL, 2009, p. 328.

acción no consiste en un puro significado, sino que se trata de un *comportamiento humano* con un determinado significado⁵⁴. En palabras de VIVES, la acción se define como “el sentido de un sustrato” (por tanto –añado yo-, ciertamente no es el sustrato de un sentido, sino el sentido de un sustrato; pero el sustrato existe en todo caso).

La concepción propuesta por VIVES no prescinde, pues, en modo alguno del “sustrato”, consistente en una conducta humana libre, a la que –eso sí- habrá que atribuir un significado o sentido externo. Sentado esto, lo único que rechaza VIVES es, pues, que el movimiento corporal del sujeto desempeñe un papel *definitorio* de las acciones (o sea, que la acción se reduzca a un puro movimiento corporal) y que, por ende, la esencia de la acción se sitúe en el acontecimiento externo, pasando a ser entonces el sentido de la acción una mera descripción de ese acontecimiento.

Por lo demás, en ningún pasaje de sus *Fundamentos* ha afirmado VIVES que no exista diferencia empírica entre la persona física y la PJ y, por supuesto, en ningún lugar ha sostenido que la PJ posea *capacidad de acción* en el sentido que se le atribuye a la persona física. Es más, inequívocamente distingue⁵⁵ dos cuestiones que no pueden ser confundidas, esto es, el problema de la acción en sí misma y el problema de la “*capacidad de acción*”: con respecto a esta última, afirma que, desde luego, puede identificarse en ella un sustrato biológico (que hace al hombre distinto de los demás habitantes del mundo natural) que ciertamente solo cobrará una dimensión significativa al ser coordinado e interpretado por medio del lenguaje, en virtud de lo cual surge una capacidad diferente e inexistente hasta entonces en el mundo natural, esto es, “la capacidad de regir los movimientos corporales mediante *ideas* (conocimientos, razones, predicciones, etc.)”, una capacidad, en fin, que –añado yo- en modo alguno puede llegar a poseer la PJ.

En fin, al partir VIVES de la referida premisa de que la libertad de acción es el punto de unión entre la doctrina de la acción y la de la norma, hay que concluir asimismo que, en lo que atañe a la *identidad subjetiva* de la PJ puesta en conexión con los fines del Derecho penal, la PJ carece del soporte cognitivo que posibilitaría justificar su conexión o *nexo de comunicación* con la norma penal (un soporte que debe ser capaz de motivación autónoma y de reconocimiento valorativo de las normas), con lo cual no es posible hablar de un posicionamiento *autónomo* de la PJ frente al Derecho penal, en la medida en que dicho soporte solo concurre en la PJ a través de sus miembros individuales,

⁵⁴ Sobre lo que sigue, vid., con mayor amplitud, lo que expongo en MARTÍNEZ-BUJÁN, LH Queralt, 2021-a, pp. 297 ss.

⁵⁵ Cfr. VIVES, 2011, p. 223.

o sea, de una manera mediata: solo los administradores y empleados están en condiciones de interiorizar lo que la norma espera de la PJ y solo ellos puede verse intimidados por la sanción penal⁵⁶.

Una vez que hemos descartado que pueda hallarse en la estructura de la infracción penal de la PJ unas categorías equivalentes a las existentes en la teoría jurídica del delito elaborada para la infracción de la persona física, procede añadir que la existencia de una infracción penal (objetivamente) *propia* presupone reconocer que las PJ poseen una identidad propia (tanto más acentuada cuanto mayor sea su complejidad⁵⁷) que se va forjando sucesivamente a lo largo del tiempo merced a una interacción de factores y de decisiones que adoptan diversas personas físicas en un contexto institucional⁵⁸. Desde la perspectiva de la concepción significativa de la acción no hay inconveniente en admitir, pues, que la PJ es un fenómeno *estructural* al que se pueden atribuir *hechos* (eso sí, insisto, no identificables con las acciones humanas) que poseen un *significado o sentido* autónomos. Unos hechos que son independientes de las acciones que realizan las personas físicas que integran la PJ y que pueden llegar a consistir en infracciones no solo civiles y administrativas, sino también penales.

Así las cosas, el modelo de RPPJ se basa en el paradigma de la denominada *responsabilidad estructural* (combinación recíproca entre estructura colectiva y acción individual)⁵⁹, en la medida en que combina

⁵⁶ Vid. en este sentido CIGÜELA, 2015, pp. 215 ss., 280 y 384, y 2020, 5.1., quien añade acertadamente que lo mismo cabe predicar en relación con la *identidad política* (concebida también como exigencia del principio de culpabilidad) de la PJ, habida cuenta de que esta no posee el estatus de ciudadano en el seno de la comunidad política (pp. 261 ss., 282 y 384).

⁵⁷ Con razón escribe FEIJOO (2023, p. 88) que el modelo de RPPJ del CP español, basado en un injusto estructural, “funciona mejor cuanto mayor sea la complejidad de la organización”, y que, por lo demás, el modelo carece de sentido en los casos en los que la personalidad jurídica no es más que una simulación o fraude ley y en los casos en los que la PJ carece de un sustrato que merezca el calificativo de organización.

⁵⁸ En este sentido vid. por todos ya FEIJOO, 2015, pp. 67 ss., quien, por lo demás, admite que quepa calificar la identidad propia de la PJ como una entidad débil o mínima (p. 69); vid. además 2023, pp. 89 ss. y (exponiendo su posición personal) pp. 99 ss. sobre las características que debe reunir la PJ como auténtica *organización*. Como bien sintetiza CIGÜELA (2015, p. 377), en la infracción penal de la PJ cabría hablar de una especie de “injusto estructural” (objetivo y no personal), generado por un proceso acumulativo y disperso de actuaciones conjuntas de los miembros pasados y presentes de la empresa, consistente en poner las condiciones, incentivar o favorecer la realización de injustos personales. Ahora bien, ese injusto no cumple, por sí mismo, todavía los requisitos de lesividad, la cual solo surge cuando se realiza un injusto personal por un miembro de la empresa. Vid. también SILVA (2016, p. 675), quien afirma que el estado de cosas de descontrol es atribuible a una multiplicidad difusa –en términos tanto sincrónicos como diacrónicos– de personas físicas que se integran en los órganos de la PJ.

⁵⁹ Vid. ya en este sentido de *lege ferenda* la referida propuesta de NIETO (2008, pp. 324 ss.), donde explicaba que, si bien “las responsabilidades individual y colectiva son independientes, no pueden desvincularse de modo absoluto”.

los dos aspectos principales de los modelos de la heterorresponsabilidad y de la autorresponsabilidad, a saber: por un lado, reconoce la conexión estructural entre el ente colectivo y las conductas individuales; por otro lado, fundamenta la responsabilidad de la PJ en elementos propios del sujeto colectivo, singularmente en el déficit organizativo⁶⁰. Esta responsabilidad por el hecho delictivo de tipo estructural se ha revelado con toda claridad tras la reforma de 2015, puesto que, si las causas de exclusión de la responsabilidad son de carácter estructural u organizativo (modelos de organización y de gestión que cumplen determinadas condiciones o ciertos requisitos), el fundamento también debe tener esta naturaleza⁶¹.

A la vista de lo que se acaba de exponer se comprenderá por qué no pueden aceptarse objeciones como las esgrimidas por GÓMEZ CASALTA, cuando, partiendo de la premisa de que el déficit organizativo favorecedor de un delito que sirve de base para la RPPJ se ha generado con la actuación conjunta, progresiva y acumulativa de sus miembros sucesivos, afirma, de un lado, que “resulta una mera ficción

⁶⁰ Vid. CIGÜELA, 2015, pp. 336 ss. y *passim*, donde puede hallarse, asimismo, una convincente crítica a los modelos puros de la heterorresponsabilidad y de la autorresponsabilidad (pp. 333 ss.) y donde puede encontrarse también (pp. 291 ss. y 376 ss.) un excelente y completo programa de una “responsabilidad estructural relativa o flexible” de la empresa (basada en los factores estructurales criminógenos que han facilitado un delito cometido por una persona física), partiendo de la premisa de que, dado que las PJ tampoco son “meras cosas”, pueden ser sujetos de un tipo de responsabilidad *diferenciada* (aunque *conectada*) de la que pueda corresponder a sus miembros. Por tanto, entiendo que tal responsabilidad estructural expresa algo más que una simple *vinculación* entre la PJ y el delito cometido por uno de sus integrantes, como, sin embargo, propone ROBLES (2014, pp. 222 ss.), aludiendo a una “estructura de responsabilidad en sentido amplio que vincule a la organización cuando en su seno se infringe una norma de conducta en su interés”.

⁶¹ Cfr. FEJOO, 2015, p. 14. Comparto con FEJOO, obviamente, la afirmación de que a las PJ no se les castiga por el mero hecho de no disponer de un programa de cumplimiento, pero debo matizar la subsiguiente afirmación de que se les hace “co-responsables de un *delito*”. La afirmación puede compartirse si con ella se pretende expresar que la RPPJ *se exige a partir de la comisión del delito* por parte de la persona física (o sea, según indica el CP, “es penalmente responsable del delito cometido por la persona física”), pero no puede compartirse si se pretende expresar que la PJ realiza también el delito. A mi juicio, a la PJ se le hace responsable de una *infracción penal propia y autónoma* (por más que esté conectada a él) independiente del hecho delictivo realizado por la persona física. Es más, como veremos posteriormente, este “hecho delictivo” puede ser incluso un hecho realizado por la persona física en situación de ausencia de acción. De hecho, en su último trabajo publicado, FEJOO (2023, p. 15) deja bien claro que, una vez constatado el hecho de conexión, los requisitos de la RPPJ son autónomos e independientes de los correspondientes a la responsabilidad individual (dos responsabilidades penales, pues, diferentes) Vid. además CIGÜELA, 2015, pp. 333 ss., quien afirma que la actual regulación contenida en el art. 31 bis (ciertamente mejorable) parte de unos presupuestos cercanos (aunque no coincidentes) a la referida responsabilidad estructural y las consecuencias jurídicas que se prevén también son interpretables conforme al paradigma de la responsabilidad estructural.

jurídica atribuir estos hechos a la persona jurídica en cuestión” y que, de otro lado, la exigencia del hecho de conexión obliga a descartar el modelo de autorresponsabilidad y autoriza a hablar de un “modelo mixto o corregido”⁶².

Las objeciones podrían tener razón de ser si fuesen dirigidas a la tesis que mantiene que la PJ *realiza el delito* que lleva a cabo la persona física o la de que el hecho de conexión constituye el *fundamento* exclusivo de la RPPJ. Pero ni una ni otra se acoge aquí, en virtud de lo cual la circunstancia de que el déficit organizativo surja de una actuación acumulativa de integrantes no se opone en modo alguno a reconocer que existe un hecho *propio* y una infracción penal *propia* de la PJ, *independiente* de la responsabilidad de la persona física, en el marco de un modelo básico de autorresponsabilidad. Sentadas estas premisas, y dado que la infracción penal de la PJ incorpora el hecho de conexión como uno de sus elementos, carece de relevancia la terminología que se quiera emplear para calificar con precisión este modelo, como, v. gr., que se hable de un modelo de “autorresponsabilidad matizado”, “corregido”, “mixto”, “limitado” etc.

Eso sí, comparto la idea de que este reconocimiento de una infracción penal de la PJ basada en una identidad propia debería decaer allí donde no quepa hablar de una responsabilidad diferenciada de la responsabilidad de las personas físicas que la integran, lo cual comporta que no debería admitirse una responsabilidad penal de una PJ de pequeñas dimensiones⁶³ en el seno de la cual pudiera atribuirse exclusivamente a uno o varios individuos las acciones (en rigor, omisiones del cumplimiento de la legalidad penal en las actividades de la organización) que dieron lugar a la comisión de delitos en nombre y en beneficio de la PJ⁶⁴. En tal caso, según explico más abajo, sería

⁶² Vid. GÓMEZ CASALTA, 2021, epígrafe 3.

⁶³ Sin embargo, como ya indiqué, el CP considera irrelevante el tamaño y la complejidad de la empresa en lo que se refiere a la elaboración del programa de cumplimiento. El único trato diferenciado es el que se recoge en el apartado 3 del art. 31 bis.

⁶⁴ Vid. en este sentido ya GÓMEZ-JARA, 2005-a, pp. 441 s., y, últimamente, 2023, pp. 19 ss.; vid. asimismo CIGÜELA, 2015, p. 337; FEJOO, 2023, pp. 101 ss., quien considera, con razón, que en el caso de “sociedades unipersonales o de muy pequeñas dimensiones” no existe sujeto idóneo de imputación y que esta cuestión debe ser abordada ya en la fase de instrucción. En la jurisprudencia existen resoluciones en las que se excluye la responsabilidad de la PJ en caso de sociedades unipersonales, carentes de una estructura corporativa compleja. Vid. la SJP nº 8 de Madrid, de 6/3/2017, de 13-2, equiparando este caso al de las sociedades pantalla, que, según el TS (vid. STS 154/2016, de 29-2) deben quedar también al margen de dicha responsabilidad. Vid. el comentario de GÓMEZ-JARA, 2019, pp. 253 ss., compartiendo esta tesis jurisprudencial, si bien admite que habría que determinar con precisión cuándo una PJ carece de “complejidad interna suficiente”; vid. también el comentario de FEJOO, 2023, pp. 102 ss. Más recientemente vid. la STS 747/2022, y GÓMEZ-JARA, 2023, pp. 19 ss., con indicaciones jurisprudenciales en

conveniente introducir un delito de parecidas características a las que informaban el precepto del art. 286 seis del Proyecto de reforma del CP de 2013.

II. ESTRUCTURA DE LA INFRACCIÓN PENAL DE LA PJ. EL PARALELISMO (ESTRUCTURAL) CON EL DELITO DEL ART. 286 SEIS DEL PROYECTO DE 2013

2.1. Caracterización general

2.1.1. Un hecho propio objetivamente antijurídico, integrado por un presupuesto (el déficit organizativo caracterizado como un hecho omisivo) y un resultado (el hecho de conexión posterior imputable objetivamente a la omisión). La teoría jurídica de la infracción penal de la PJ.

Explicados el fundamento y la naturaleza de la infracción penal atribuible a la PJ, y antes de pasar a examinar sus elementos de forma pormenorizada desde una perspectiva lógico-analítica, hay que efectuar una aclaración previa: desde la perspectiva que podemos denominar *procesal* (también desde el punto de vista de la realidad criminológica) la primera operación intelectual que debe llevar a cabo el intérprete (como condición de posibilidad) es, de conformidad con lo dispuesto en el n° 1 del art. 31 bis CP, la constatación de que una persona física (directivo o empleado) realizó un hecho de los específicamente tipificados en el Libro II del CP como susceptibles de ser atribuidos a una PJ y que ese hecho delictivo fue cometido en nombre o por cuenta de la PJ y en su beneficio, directo o indirecto, elemento que es conocido usualmente en la doctrina como *hecho de conexión*.

De ahí que, con arreglo al mencionado punto de vista procesal, la comisión de ese delito por parte de la persona física vendría a ser para la *infracción penal de la PJ* algo parecido a un indicio de que pudo haberse llevado a cabo tal infracción, pero con la particularidad añadida de que, a la postre, dicha comisión constituirá también un elemento integrante de la infracción penal de la PJ, para cuya existencia debe haberse producido previamente el déficit organizativo peligroso causante de la realización del delito por parte de la persona física. Efectuada esta aclaración, no hay inconveniente en calificar al delito realizado por la persona física como un *presupuesto* (o como un *requisito previo*) de la RPPJ, pero siempre que se reconozca que no constituye el *fundamento básico* de la infracción penal de la PJ en sentido

dogmático, jurídico penal⁶⁵, puesto que este fundamento básico⁶⁶ (o sustrato⁶⁷) viene dado por la omisión de las medidas adecuadas de prevención de delitos⁶⁸.

Así las cosas, se podrá comprender cabalmente ahora lo que esboqué en el epígrafe anterior, esto es: por qué no me parece correcto afirmar que la PJ responde penalmente *por* un hecho típico *ajeno* (el realizado por la persona física), lo cual, ciertamente, comportaría acoger un elemento esencial del modelo vicarial (o de la transferencia o heterorresponsabilidad)⁶⁹.

⁶⁵ Vid. ya inicialmente GÓMEZ-JARA, 2011, pp. 36 ss., y, más recientemente, 2023, pp. 38 ss. En este sentido se pronunció también, como indiqué más arriba, FEJJO, 2015, p. 80, añadiendo que ello es lo que no permite definir el modelo vigente como un modelo vicarial o de heterorresponsabilidad, pero sin que esto signifique, a su vez, que el CP español acoga un modelo puro o absoluto de autorresponsabilidad, porque no prescinde totalmente de la responsabilidad penal de las personas físicas (pp. 80 s.). Y hasta tal punto que la pena de multa prevista para la infracción penal de la PJ se establece en función de la gravedad del hecho delictivo cometido por la persona física (p. 81). Vid. además, posteriormente, FEJJO, 2023, pp. 24 ss. Esta idea fue asumida también por el Pleno jurisdiccional de la Sala 2ª en la STS 154/2016, de 29-2, de (Pte. Maza), donde se califica el delito realizado por la persona física como “requisito precedente necesario para el ulterior pronunciamiento acerca de la responsabilidad penal propia de la entidad, medida en términos de incumplimiento de su obligación”, y se rechaza expresamente que este presupuesto constituya el verdadero *fundamento*. Vid., por todos, los comentarios de FEJJO, 2016-b, pp. 31 ss. y de GÓMEZ-JARA, 2019, pp. 71 ss. y 2023, pp. 38 ss., quien califica el hecho delictivo de la persona física como “un presupuesto o antecedente de la RPPJ”, para diferenciarlo del *fundamento* de la RPPJ (o sea, el hecho propio de la PJ, basado en una posición de garante de la PJ sobre su ámbito de organización).

⁶⁶ Vid. por todos NIETO, 2023, pp. 2 ss.

⁶⁷ Término empleado por FEJJO (2023, p. 29) como epítome de la caracterización del modelo latino (de responsabilidad estructural autónoma), según el cual el foco de atención deja de ser el *hecho de conexión* y pasa a ser el *entorno organizativo* (pp. 26 ss.).

⁶⁸ De ahí que sea incorrecto afirmar que, en sentido dogmático jurídico-penal, la realización del delito cometido por la persona física constituya algo parecido a un *tipo indiciario*, ni siquiera considerado como un equivalente funcional. En efecto, según explicaré después, puede suceder que se cumpla el requisito del *hecho de conexión* (la realización del delito), pero puede suceder que la PJ contase ya en ese momento con un programa adecuado de prevención de delitos (arts. 31 bis apdos. 2 a 5), en cuyo caso faltaría ya, a mi juicio, el *auténtico presupuesto* (o fundamento o sustrato) de la *infracción* de la PJ, por lo que, consecuentemente, no existiría ya el presupuesto de la tipicidad indiciaria de la infracción de la PJ. Vid. en este sentido la STS 221/2016, de 16-3, en la que se indica que “el defecto estructural . . . constituye el fundamento de la responsabilidad del delito corporativo”. Vid. el comentario de FEJJO, 2016-a, pp. 132 s., y FEJJO, 2016-b, pp. 35 ss.

⁶⁹ En este sentido, cabe mencionar la posición de SILVA (2020, pp. IV y V), quien, pese a mantener una posición próxima a la que aquí preconizo, llega a afirmar que, en el modelo que él considera preferible y que resulta compatible con la regulación del CP español, la PJ “responde por un hecho típico ajeno (el realizado por la persona física)”, lo que —a su juicio— proporciona un elemento que es común a los modelos vicariales. No obstante, recuérdese que, a renglón seguido, este penalista matiza que dicho modelo añade a los requisitos de los sistemas vicariales —que provienen del Derecho civil de daños— un elemento de Derecho público, esto es, el estado de cosas peligroso de la PJ, que favorece la conducta delictiva de los integrantes

En efecto, ciertamente, la infracción penal de la PJ requiere como presupuesto (utilizo este término ahora en el sentido puramente procesal o lógico que acabo de otorgarle, o si se prefiere como “presupuesto *formal*”) el delito realizado por la persona física⁷⁰, pero la infracción penal de la PJ *no se fundamenta* en un hecho ajeno, sino en un *hecho propio*, porque en el seno de dicha infracción la comisión del hecho delictivo por parte de la persona física no es una mera condición objetiva de punibilidad sino un verdadero resultado que ha de ser objetivamente imputable a la omisión, según una conexión (objetiva) de riesgo⁷¹. Y ello es perfectamente compatible con la afirmación de que la RPPJ es *autónoma e independiente* de la *responsabilidad* de la persona física, en el sentido de que la infracción penal de la PJ surge ya con independencia de que la persona física sea individualizada o (en el caso de que llegue a ser individualizada) castigada⁷².

En concreto, me parece incuestionable (y máxime tras la reforma llevada a cabo en el año 2015, con la inclusión de los números 2 a 5 en el art. 31 bis)⁷³ que, una vez que se ha constatado la comisión del

de la empresa.

⁷⁰ Sobre la necesidad de que concurra insoslayablemente tal hecho de conexión para que quepa hablar de un *hecho de la propia PJ* (no derivado), incluso en el ámbito del Derecho administrativo sancionador, partiendo de la base de que la PJ “por sí misma no puede actuar”, vid. ya GÓMEZ TOMILLO, 2014, pp. 544 ss.

⁷¹ En esto coincido, pues, con FEIJOO, 2015, quien correctamente aclaraba que, si bien es cierto que debe existir un delito de una persona física en provecho de la PJ, “ello no significa que se pueda fundamentar la responsabilidad corporativa en el injusto y la culpabilidad de la persona física” (pp. 78 s.). Vid. además FEIJOO, 2023, p. 36: la responsabilidad es “propia y directa” (además de “cumulativa y complementaria”). Con todo, debo insistir en que el delito de la persona física es también un elemento *constitutivo* de la infracción penal de la PJ (y no una especie de condición objetiva de punibilidad), en el sentido apuntado más arriba. En este sentido, hay una aproximación a la doble fundamentación que propone BOLDOVA, 2022, pp. 26 ss., para quien “lo que fundamenta” la RPPJ es el hecho de que “se haya materializado en el delito concreto realizado por la persona física -desvalor del resultado- el peligro objetivo que para los bienes jurídicos se deriva de la actividad de la persona jurídica -desvalor de estado o situación-“ (p. 27, n. 71).

⁷² Vid. FEIJOO, 2015, p. 81, y 2023, pp. 25 s. y 36 ss. sobre este sentido de la independencia. Obviamente, desde otro punto de vista es indudable que la responsabilidad de la PJ *depende* de que una persona física realice un hecho penalmente típico, según explico más abajo.

⁷³ En la EdM de la LO 1/2015 se indica con toda claridad que con la introducción de los números 2 y 5 “se pone fin a las dudas interpretativas que había planteado la anterior regulación, que desde algunos sectores había sido interpretada como un régimen de responsabilidad vicarial”. Haciéndose eco de ello vid. ya, singularmente, entre otros, FEIJOO, 2015, pp. 11 y 15, calificando el cambio de *sustancial* y considerándolo incompatible con la posición que había mantenido la Circular 1/2011 de la FGE. De ahí que, según indiqué, a partir de dicha reforma, le parezca adecuado hablar de un *delito corporativo* para referirse al hecho propio que realiza la PJ (p. 13). Ello me parece compatible con la (reiterada) matización, por mi parte, de que en rigor no se trata de un delito (de los arts. 1, 5, 10 y concordantes del CP), sino de una *infracción penal* corporativa.

delito por parte de la persona física, la atribución de responsabilidad a la PJ requiere *un hecho propio*, que, dicho sintéticamente, se basa un déficit organizativo criminógeno, favorecedor de la comisión de delitos por parte de los integrantes de la empresa. Asimismo, me parece igualmente indudable (en aras del respeto a los principios garantísticos básicos del Derecho penal⁷⁴) que entre el referido déficit organizativo peligroso y el delito efectivamente realizado por la persona física debe existir una conexión de riesgo, según el modelo de la imputación (*estrictamente*) objetiva que he venido propugnando en la teoría del delito de las personas físicas y que se aparta de la concepción de la imputación objetiva sustentada por parte de la opinión dominante⁷⁵.

Asumir este punto de partida, permite evitar incurrir en un malentendido que se halla bastante extendido. En efecto, al descartar que la PJ pueda realizar un *delito* (con todos sus elementos), no hay inconveniente alguno entonces en afirmar que, a la vista de la regulación del CP, la PJ responde (*objetivamente*) por una *infracción penal propia* en el marco de un modelo de autorresponsabilidad (por más que, ciertamente, como ya expliqué no sea un modelo puro de autorresponsabilidad), si bien esa infracción propia solo puede quedar integrada cuando una persona física realiza alguno de los hechos penalmente típicos previstos en el CP.

Asimismo, esta caracterización permite sortear la crítica esgrimida por DÍAZ G.-CONLLEDO (dirigida a aquellas tesis que, como, singularmente, hace la STS 154/2016, hablan de un verdadero *delito corporativo*⁷⁶), consistente en objetar que “sucedería algo así como que a la persona jurídica no se le castigaría por un delito de tráfico de drogas o cohecho o medioambiental, sino por un ‘delito corporativo’,

⁷⁴ En la STS 221/2016, de 16-3, se invoca “nuestro sistema constitucional” para justificar que la acusación debe probar que “el delito cometido por la persona física (...) ha sido realidad por la concurrencia de (...) un defecto estructural en los mecanismos de prevención exigibles a toda persona jurídica, de forma mucho más precisa, a partir de la reforma de 2015”.

⁷⁵ Aludo a una imputación *estrictamente* objetiva, en el sentido que, en el seno de la concepción significativa del delito, le he venido otorgando en diferentes trabajos, o sea, como una imputación despojada de toda connotación subjetiva y que se incluye en la primera categoría del delito (tipo de acción), diferenciada, pues, de la imputación objetivo-subjetiva, que se incardina en la segunda categoría del delito (la ilicitud). Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, 2019, pp. 107 ss. Y de ahí que, en lo que atañe a este aspecto, desde mi punto de vista no exista diferencia *estructural* sustancial, *mutatis mutandis*, entre el contenido de la imputación objetiva del *delito* de la persona física y el de la *infracción penal* de la PJ. En cambio, sí habría una diferencia sustancial para la opinión dominante, dado que esta introduce momentos subjetivos en la teoría de la imputación objetiva.

⁷⁶ Según indiqué más arriba, el TS equipara “delito corporativo” y “defecto estructural”, con lo que parece que el “delito corporativo” (que sería entonces un “delito corporativo genérico”, por así decirlo) existe ya con independencia de que concurra el hecho penal de la persona física.

o ‘delito de falta de previsión’ con resultado de tráfico de drogas, cohecho o delito medioambiental”⁷⁷.

Ante a esta crítica, cabe precisar que, conforme a la posición aquí mantenida, la *infracción penal* de la PJ en modo alguno se desliga del delito realizado por la persona física⁷⁸.

Una cosa es que se afirme que la infracción penal de la PJ es *independiente* de la responsabilidad de la persona física, y otra, distinta, que la infracción penal de la PJ incluya entre sus elementos un hecho penalmente típico realizado por una persona física. En efecto, la ausencia de las medidas de prevención constituye el elemento básico (o sustrato) de la infracción penal de la PJ, pero este elemento no agota el injusto de dicha infracción, puesto que debe concurrir además la presencia de un segundo elemento, integrado por la realización del hecho penalmente típico de la persona física. Así, repárese en que la PJ *responderá por* (o se le imputará) el concreto hecho penalmente típico de la Parte especial realizado por la persona física, desde el momento en que *favoreció* su ejecución, por haber omitido las medidas específicas de prevención que, de haber sido adoptadas, habrían evitado precisamente la comisión de ese concreto hecho tipificado en la Parte especial del CP⁷⁹.

⁷⁷ Vid. DÍAZ G.-CONLLEDO, 2023, p. 18, quien agrega que ello le “parece totalmente incorrecto, contradictorio con lo que dispone el CP, que establece la responsabilidad de la persona jurídica en un sistema de *numerus clausus* y referido a delitos concretos (y que, además, desde luego no se limita a la inexistencia o insuficiencia del sistema de prevención de los defectos de organización) y me recuerda (no digo que sea idéntico) a la muy común alusión, bajo la vigencia de un sistema de cláusulas generales de castigo de la imprudencia en el CP anterior, pero que aún a veces se encuentra ahora, a un delito de ‘imprudencia (o culpa) con resultado de..’ (muerte, lesiones, etc.), lo que era ya incorrecto en aquel sistema (y aún más claramente en el actual), pues lo que se comete es un delito de homicidio o de lesiones imprudente. La distinta comprensión no era irrelevante, pues tenía, por ejemplo, consecuencias concursales”. Criticando también la tesis del *delito corporativo* concebido en el sentido de la STS 154/2016, como una especie de delito autónomo de la Parte general del CP (de mera omisión de control de las personas físicas), consistente en la ausencia de control exigible que hace posible la comisión del delito tipificado en la Parte especial por parte de la persona física, concibiendo este como un simple presupuesto de la punibilidad, vid. GÓMEZ-JARA, 2020, pp. 188 ss.; FEIJOO, 2023, pp. 12 ss.

⁷⁸ Como, sin embargo, objetan certeramente BOLDOVA (2022, pp. 4 ss.) y DÍAZ G.-CONLLEDO (2023, pp. 17 ss.) a la tesis del *delito corporativo* del TS. Con todo, hay que matizar la precisión que, a renglón seguido, efectúa DÍAZ a esta tesis, cuando escribe que en el planteamiento que él critica el delito realizado por la persona física sería el *resultado* del hecho penal propio de la PJ: y es que, como ya indiqué, la referida tesis del delito corporativo del TS sostiene que el delito de la persona física no es un resultado, sino una mera condición objetiva de punibilidad.

⁷⁹ Esta es también la tesis que se va imponiendo en la jurisprudencia, a raíz de las SsTS 221/2016 y 123/2019. Vid. ulteriores indicaciones en FEIJOO, 2016-b, pp. 35 ss. y 2023, pp. 13 s. y 31 ss., aclarando que ello supone acoger el denominado modelo latino.

En síntesis, y recapitulando, la PJ no realiza delito alguno (solo la persona física lo realiza), sino una *infracción penal* (eso sí, *autónoma*), que se integra exclusivamente con elementos *objetivos*. De ahí que quepa asegurar que a la PJ se le imputa un hecho propio *objetivamente* (que no subjetivamente) *antijurídico*, con la peculiaridad añadida de que el hecho delictivo cometido por la persona física forma parte del referido hecho propio de la PJ.

Así las cosas, a continuación, en los epígrafes III y IV expondré *la teoría jurídica de la infracción penal* (que no una teoría del *delito*⁸⁰) *de la PJ*; pero, eso sí, analizando sus categorías y elementos de forma *análoga* a lo que sucede en el seno de la teoría del delito, esto es, teniendo en cuenta, obviamente, la diferente naturaleza de ambas clases de personas y, consecuentemente, la diferente naturaleza de su responsabilidad⁸¹.

Evidentemente, creo que este proceder es imprescindible si queremos evitar que la regulación de la RPPJ se “enquiste como un cuerpo extraño, sustrayéndose a la lógica que nos es propia”⁸² en la dogmática del Derecho penal.

Pues bien, a tal efecto, recuérdese que aquí parto de la premisa de que la PJ carece ya de capacidad de acción en el sentido jurídico-penal que se predica de la persona física, y, por tanto, no puede “realizar/ejecutar” un tipo penal en el sentido en el que lo lleva a cabo la persona física, es decir, la PJ ni siquiera *realiza ya*, en puridad de principios, “un tipo de acción objetivamente antijurídico” (tipo relevante y ofensivo, que, según la sistemática de la concepción significativa, constituye la primera categoría de la teoría del delito). Consecuentemente, la PJ es ya *a priori* incapaz de lesionar una norma de determinación y, por ello, carece de todo sentido interrogarse sobre si puede obrar con dolo o imprudencia o si es susceptible de soportar el juicio de culpabilidad.

Sentadas estas premisas, cabría concluir –en una primera aproximación– que en la *infracción penal* de la PJ existe una situación *análoga* (análoga porque –insisto– la PJ no realiza ya una *acción*, y, por ende, no cabe hablar de *tipo de acción*, sino de tipo a secas) a lo que conocemos como antijuridicidad material u objetiva (que en la teoría del delito *equivale* a un tipo de acción), basada exclusivamente en la pretensión de validez

⁸⁰ Sobre esta precisión, vid. especialmente, entre otros, ya ROBLES PLANAS, 2011, y 2014, pp. 207 ss., GÓMEZ MARTÍN, 2012, pp. 360 ss., quienes descartaban con buenos argumentos que sea posible hablar de una “teoría del delito” para las PJ.

⁸¹ En este sentido, SILVA (2016, p. 685) ha preconizado la necesidad de intentar aplicar en el ámbito de la RPPJ, *mutatis mutandis*, alguno de los *topoi* propios de la dogmática penal, asentados en la teoría del delito.

⁸² La expresión es de SILVA (2016, p. 691), en referencia a los modelos de prevención de delitos como eximentes de la responsabilidad penal de las PJ.

de la norma penal que denominamos pretensión de *relevancia*⁸³, y que, a su vez, equivale *mutatis mutandis* a lo que la opinión doctrinal dominante conoce como *tipo objetivo*.

Por tanto, la *infracción penal* de la PJ se descompone, en realidad, en dos categorías: 1) la tipicidad en sentido estricto (pretensión puramente conceptual, vertiente fáctica) que se limita a abarcar aquellos presupuestos de la infracción que cumplan una función definitoria de la clase de infracción de que se trate; 2) el desvalor de resultado o antijuridicidad material u objetiva (pretensión de ofensividad, vertiente valorativa).

1) Despojada, pues, de cualquier momento subjetivo, la *tipicidad en sentido estricto* de la *infracción* penal de la PJ, conforme a la regulación del CP español, se compone, a su vez, de dos elementos: por un lado, un presupuesto consistente en una omisión, caracterizada por el incumplimiento de las medidas idóneas para prevenir delitos que puedan ser cometidos en nombre de la PJ o por cuenta de ella y en su beneficio (art. 31 bis, 2 a 5), medidas generadoras de un peligro organizativo *ex ante*; por otro lado, un resultado derivado de esa omisión, integrado por la posterior realización de un hecho penalmente típico por parte de un representante, un miembro del órgano de la PJ o un empleado (art. 31 bis, 1), que debe ser consecuencia de dicho peligro organizativo.

2) Por su parte, la vertiente valorativa (u ofensividad) de la *infracción* penal de la PJ viene caracterizada por la conexión de riesgo que debe existir entre la omisión y la consecuencia, según el modelo de la teoría de la imputación (estrictamente) objetiva del resultado. Y es que, en efecto, entiendo que dicha infracción penal únicamente existe cuando pueda acreditarse que la comisión de un delito por parte de la persona física en las condiciones definidas en el n^o 1 del art. 31 bis fue precisamente la materialización del riesgo creado con la omisión.

Con respecto a la secuencia de esta estructura dogmática de la infracción de la PJ me interesa recalcar que se fundamenta en el orden lógico en el que deben aparecer sus categorías o elementos integrantes, del mismo modo que sucede en la teoría jurídica del delito.

No obstante, reitero que cuestión diferente es que se atienda a la aludida perspectiva procesal, puesto que, si en la realidad criminológ-

⁸³ Por consiguiente, en la *infracción* penal de la PJ no habría pretensión de ilicitud (antijuridicidad subjetiva) ni, por supuesto, pretensión de reproche (culpabilidad). Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, LH Queralt, 2021-a, pp. 297 ss. Por lo demás, repárese en que con arreglo a las premisas de las que parto, no hay inconveniente en utilizar, como equivalente funcional, el vocablo *tipicidad* a la hora de caracterizar la infracción penal de la PJ, dado que en la teoría del delito de la persona física que adopto la categoría de la tipicidad no incluye el dolo y la imprudencia. Si existiría dicho inconveniente en el caso de que estos elementos se integren en la tipicidad, como correctamente entiende, v. gr., BOLDOVA, 2022, p. 32.

ica no se ha realizado un hecho penalmente típico por parte de algún directivo o empleado de la PJ, no es posible ya iniciar un procedimiento penal contra ella. Ahora bien, una vez que se ha acreditado la comisión de un hecho penalmente típico por parte de dicha persona física en nombre y en beneficio de la PJ, lo primero que hay que examinar desde la perspectiva lógico-analítica de la infracción es si ese hecho penalmente típico fue consecuencia del riesgo creado por el incumplimiento de las medidas idóneas de prevención de delitos que la PJ debería haber adoptado, según el modelo de la imputación objetiva, esto es: la RPPJ solo existirá cuando se pueda demostrar una conexión de riesgo entre el incumplimiento de las medidas de prevención (presupuesto lógica y cronológicamente anterior) y el hecho penalmente típico cometido por la persona física⁸⁴.

2.1.2. La inexistencia de elementos subjetivos. Consecuencias: imposibilidad conceptual de admitir (algo semejante a) la tentativa, la participación y la coautoría en la infracción penal de la PJ

En la infracción penal de la PJ hay que efectuar una *ulterior* salvedad en su analogía con el tipo de acción de la persona física, a saber: en la tipicidad de la infracción de la PJ no tienen cabida unos elementos análogos a los que en la teoría del delito denomino *elementos subjetivos del tipo de acción* (“elementos subjetivos del injusto” para la opinión mayoritaria), concebidos como elementos que cumplen una función definitoria de la acción⁸⁵. En efecto, si la PJ no está en condiciones ya de *realizar* una acción en sentido jurídico-penal, porque carece del sustrato biológico o soporte cognitivo que posibilitaría justificar su conexión con la norma penal, tampoco podrá existir en ella una *intención* dirigida a una determinada meta.

Y de ahí se deduce, por lo pronto, que en la *infracción* penal atribuible a la PJ no cabe imaginar ya conceptualmente algo análogo a lo que en la teoría del delito denominamos *tentativa*, habida cuenta de que el tipo de acción de esta requiere un elemento subjetivo, integrado por la resolución (o voluntad) de consumir el hecho típico, o dicho más correctamente, la voluntad (eventual) de alcanzar una meta que coincide

⁸⁴ A la vista de las consideraciones que efectúo en el texto se comprenderá que la ordenación de la estructura que propone FEJOO (2015, pp. 80 s.), cuando alude a las partes integrantes de lo que él denomina delito corporativo (“delito corporativo=conducta antijurídica persona física+defecto estructural”), es adecuada si va referida a la primera de las perspectivas que menciono (la procesal), pero no lo es si va referida a la segunda de ellas.

⁸⁵ Vid., MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, 2021, pp. 58 ss. Son elementos imprescindibles en algunas clases de acciones, en la medida en que no pueden ser definidas sin ellos. No tienen que ser confundidos con el dolo (pp. 122 ss.).

(objetivamente) con el hecho descrito en un tipo penal⁸⁶. La infracción penal de la PJ solo se puede castigar en grado de consumación (por así decirlo). No obstante, conviene aclarar un malentendido en el que, a mi juicio, incurre un sector doctrinal y jurisprudencial, a saber: cuestión distinta será dilucidar si resulta posible que el hecho de conexión (el hecho penalmente típico realizado por la persona física) consista en una tentativa, algo que, en mi opinión, resulta factible según explicaré posteriormente; pero ello nada tiene que ver con admitir algo semejante a una tentativa de la propia infracción penal de la PJ. Por tanto, no es, en rigor, correcta la afirmación incluida en algunas sentencias en las que se indica que se castiga a la PJ “como autora penalmente responsable de un delito de estafa procesal en grado de tentativa” (vid., p. ej., la STS 3-11- 2016)⁸⁷.

Mutatis mutandis, lo que se acaba de exponer es trasladable a la *participación*. De hecho, ambas instituciones (tentativa y participación) suelen aparecer vinculadas en la doctrina y en la jurisprudencia como susceptibles de ser aplicadas a la infracción penal de la PJ⁸⁸. Por tanto, de nuevo hay que afirmar que la infracción penal de la PJ solo se castiga a título de autoría (por así decirlo)⁸⁹, por lo que resulta incorrecto

⁸⁶ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, 2021, pp. 80 ss.

⁸⁷ Vid., sin embargo, el comentario a esta sentencia de GÓMEZ-JARA, 2019, pp. 231 ss., quien respalda dicha afirmación, aludiendo también a una “tentativa de la persona jurídica”. A mi juicio, tal afirmación, tal y como está expresada, incurre en una confusión de planos. En efecto, según se desprende de la estructura de la infracción penal de la PJ que preconizo, esta no *realiza* una tentativa de un *delito* de los tipificados en la Parte especial (porque el delito –sea consumado, sea intentado– lo realiza únicamente la persona física, tal y como indica el art. 31 bis). De lo que se hace responsable a la PJ es de una *infracción penal* (que siempre es consumada), que, eso sí, incluye como uno de sus elementos (en concreto, como una especie de *resultado*) la realización de un delito por parte de la persona física (delito que, como veremos, puede ser, ciertamente, consumado o intentado). Cuestión diferente es que se afirme que a la PJ se *le imputa* el delito cometido por la persona física en grado de tentativa (y *va a responder por* el delito realizado por la persona física), lo cual es correcto. Esto está bien explicado por FEIJOO en un pasaje de su exposición, cuando con claridad escribe que “la persona jurídica no responde por una tentativa del art. 31 bis, sino en relación con un delito específico en grado de tentativa” y que ello es posible porque la PJ “responde en relación con el delito de la persona física y, por ello, la modalidad delictiva depende de éste” (2023, p. 14). También hay que compartir, obviamente, la consecuencia que extrae FEIJOO a renglón seguido, a saber: que la ley penal aplicable en el tiempo o en el espacio dependerá del momento o del lugar en los que la persona física haya realizado el delito (p. 15, y también p. 85).

⁸⁸ Vid. por todos MORALES PRATS, 2023, p. 902.

⁸⁹ Al igual que sucede en la analogía con las restantes categorías y elementos del delito (de la persona física), en rigor tampoco cabe hablar propiamente de una *autoría* de la PJ (ni siquiera en su caracterización lógico gramatical), porque la autoría consiste en *realizar o ejecutar un tipo de acción*, en el sentido de que presupone al menos una tentativa (vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, 2019, pp. 107 ss.). En cambio, la PJ *no realiza un tipo de acción*; en realidad, *no realiza nada*; solo se le imputa algo.

decir que la PJ realizó una conducta de participación, dado que la participación requiere también un elemento subjetivo consistente en el acuerdo de voluntades entre el autor y el partícipe, que incluye tanto la voluntad de realizar la conducta cooperadora como la voluntad de consumir un hecho penalmente típico, algo inconcebible en la PJ. Lo que sí puede afirmarse, nuevamente, es que el hecho de conexión realizado por la persona física puede consistir en una conducta de participación, según explicaré posteriormente⁹⁰.

En fin, la misma argumentación es trasladable a la *coautoría*, que también requiere un elemento subjetivo, integrado por el mutuo acuerdo, esto es, por una *resolución conjunta* de realizar el delito (o conocimiento recíproco de la actuación conjunta), la cual representa para cada coautor un elemento estructuralmente análogo al elemento de la resolución de consumir el hecho típico en la tentativa⁹¹.

Cuestión distinta es que se hable de coautoría en un sentido *impropio*, como hace GÓMEZ TOMILLO, para referirse a supuestos en los que varias empresas (v. gr., empresas integrantes de una UTE) “se encargan de aspectos parciales en la ejecución de un delito” (p. ej., una construcción ilegal del art. 319-1), en cuyo caso este penalista admite que cabría “extrapolar, *mutatis mutandis*, los criterios desarrollados en el marco de la de la teoría de la coautoría de las personas físicas” al ámbito de las personas jurídicas, con la conclusión de que “estaríamos ante un caso de coautoría de diversas personas jurídicas”⁹².

No obstante, repárese, ante todo, en que en tales supuestos se trataría de una coautoría (solo) *objetiva*, por así expresarlo, en la que faltaría el elemento subjetivo⁹³. Y, si entiendo bien lo que propone esta penalista,

⁹⁰ MORALES PRATS, 2023 (pp. 903 s.) rechaza también que la PJ pueda responder en régimen de participación, pero con la particularidad de que se está refiriendo al supuesto específico en el que la persona física lleva a cabo una conducta de participación. En tal caso descarta la RPPJ con el argumento de que, en caso de que se reconociese su responsabilidad, la PJ “respondería como partícipe del partícipe”, porque la hipótesis que él plantea es la consistente en dilucidar si es posible “extender” la responsabilidad como partícipe de la persona física a la PJ. Como explicaré más abajo, mi divergencia con esta posición reside en que no veo obstáculo para admitir una RPPJ (siempre a título de *autoría*, claro es) en la que el hecho de conexión consista en una conducta de participación. A esta hipótesis no se refiere explícitamente MORALES, seguramente porque da por sentado que solo cabe una RPPJ cuando el delito de la persona física se realiza a título de autoría, según se desprende de la cita de la opinión de LASCURAÍN (2019, s. p.), a la que se adhiere.

⁹¹ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, 2019, p. 296.

⁹² Vid. GÓMEZ TOMILLO, 2021, pp. 104 ss.

⁹³ Apreciación que, *prima facie*, parece compartir GÓMEZ TOMILLO (2021, p. 107) cuando reconoce que en el ámbito de las PJ no puede haber un “plan conjunto”, dado que “por sí mismas ni actúan ni acuerdan nada”. Sin embargo, a renglón seguido añade algo en lo que no puedo estar de acuerdo, a saber, que cabría hablar de una coautoría de las PJ (entiendo que auténtica, porque son las PJ “las que se encargan de aspectos parciales de la ejecución del

existiría esa especie de coautoría objetiva de la PJ en la medida en que las *personas físicas* integrantes de cada una de las diferentes PJ *realizasen el delito* (ahora sí) del art. 319-1 a título de coautoría con todos sus elementos objetivos y subjetivos. Ahora bien, lo que realmente sucede en tal supuesto es que, una vez sentado que quienes *realizan el delito* del art. 319 solo pueden ser las personas físicas integrantes de la PJ⁹⁴, la única *coautoría* existente solo podrá ser, consecuentemente, la de dichas personas físicas. Y con respecto a cada una de las PJ lo único que podrá afirmarse, en su caso, es que se le podrá *hacer responsable* del delito realizado por su integrante, siempre –claro es– que quepa acreditar que ese delito puede ser imputado objetivamente a la omisión de las medidas adecuadas de prevención de delitos; pero, en modo alguno cabe hablar de “coautoría” de las diversas PJ, sino de “personas jurídicas penalmente responsables (como vengo indicando, en rigor ni siquiera cabría hablar de *autoría*) del delito cometido por la persona física”, con la única particularidad de que todas ellas responderían por el mismo delito del art. 319-1. Es más, lo que también podría suceder en el caso propuesto por GÓMEZ TOMILLO es que a algunas de las PJ integrantes de la UTE no se les pudiese hacer responsables del delito realizado por su integrante, debido a que este delito no pudiese ser imputado a una omisión de las medidas adecuadas de prevención. En fin, la responsabilidad penal de cada PJ (su *infracción penal*) es *independiente* de la responsabilidad de las demás PJ, por más que sus integrantes hubiesen realizado el delito a título de coautoría⁹⁵.

En resumidas cuentas, de todo lo anteriormente expuesto cabe concluir que, en rigor, lo correcto sería afirmar que, dado que a la PJ se le va a considerar “penalmente responsable de los delitos cometidos por” las personas físicas descritas en el art. 31 bis, la PJ responde penalmente por (o se le imputa) el delito que realizó la persona física con las características que concurrieron en el caso concreto y que pudo ser un delito realizado en grado de consumación o de tentativa o una conducta llevada a cabo a título de autoría, coautoría o participación.

delito”), si “se toma como referencia la actuación de las personas físicas con capacidad para comprometer a la persona jurídica, enmarcadas en las diversas estructuras empresariales. Lo característico, pues, de los casos de coautoría de personas jurídicas sería la existencia de una pluralidad de hechos de conexión”.

⁹⁴ Por esta razón no puede compartir, pues, la antecitada afirmación de GÓMEZ TOMILLO (2021, pp. 104 s. y 107), consistente en entender que son las PJ las que “llevan a cabo una construcción ilegal concurriendo las características del art. 319-1 CP” y las que “se encargan de aspectos parciales en la ejecución del delito”.

⁹⁵ Las consideraciones que efectúo en el texto con respecto a la coautoría son obviamente trasladables, *mutatis mutandis*, a la posibilidad de que la PJ pueda ser calificada de autora mediata, posibilidad admitida también por GÓMEZ TOMILLO, 2021, pp. 107 ss.

Pero la infracción penal de la PJ *no consiste en la realización* de un hecho constitutivo de tentativa, de participación o de coautoría; es más, la PJ ni siquiera es, en rigor, autora, porque *no realiza nada*.

2.2. El paralelismo estructural con el delito del art. 286 seis del Proyecto de CP de 2013 y una propuesta de lege ferenda

Configurada la estructura típica de la *infracción penal* de la PJ del modo que acabo de exponer, se puede comprobar entonces el paralelismo con la estructura del delito que (aplicable a las personas físicas) se contenía en el art. 286 seis del Proyecto de reforma del CP de 2013⁹⁶, destinado a castigar penalmente como delito el “incumplimiento del deber de vigilancia o control en personas jurídicas y empresas” y que estaba destinado a ubicarse en el capítulo XI del título XIII del libro II del CP⁹⁷. El paralelismo se acentúa si se repara en que en el párrafo segundo del apartado 1 del precepto se incluía una remisión explícita a los apartados 2 y 3 del art. 31 bis (que el Proyecto de 2013 también pretendía reformar), merced a la cual se especificaban las medidas de vigilancia y control que debían resultar exigibles para evitar la realización de conductas ilícitas por parte de los empleados⁹⁸.

Con independencia de la crítica que merecía la técnica legislativa empleada para describir este delito⁹⁹, lo que me interesa resaltar, a los efectos aquí perseguidos, es que se componía también de dos elementos,

⁹⁶ Vid., sin embargo, rechazando la interpretación de la responsabilidad penal de las PJ en la línea del art. 286 seis del Proyecto de 2013, GÓMEZ CASALTA, 2021, epígrafe 2.

⁹⁷ En el párrafo primero del apartado 1 del precepto se castigaba al “representante legal o administrador de hecho o de derecho de cualquier persona jurídica o empresa, organización o entidad que carezca de personalidad jurídica que omita la adopción de las medidas de vigilancia o control que resultan para evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito, cuando se dé inicio a la ejecución de una de esas conductas ilícitas que habría sido evitada o, al menos, seriamente dificultada, si se hubiera empleado la diligencia debida”.

⁹⁸ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, *Libertas*, 3/2015, pp. 78 ss. y vid. también mi DPEE (PG), 6ª ed., 2022, pp. 720 ss. En el párrafo 2º del apartado 1 del art. 286 seis se indicaba: “Dentro de estas medidas de vigilancia y control se incluye la contratación, selección cuidadosa y responsable, y vigilancia del personal de inspección y control y, en general, las expresadas en los apartados 2 y 3 del artículo 31 bis”. Por lo demás, repárese en que la reforma del CP que, a la postre, se llevó a cabo en el ámbito de la RPPJ en el año 2015 aparecía vinculada en su génesis a la creación de un nuevo delito aplicable a los órganos de dirección de las empresas por la omisión de medidas organizativas en el seno de la PJ.

⁹⁹ La doctrina que se ha ocupado del tema ha coincidido en afirmar que dicho precepto no puede ser tomado como modelo para una futura regulación, puesto que se trataba de una norma muy deficiente, merecedora de crítica por diferentes motivos. Vid. ampliamente DE VICENTE REMESAL, *RP*, 34/2014, pp. 197 ss., MARTÍNEZ-BUJÁN, *Libertas*, 3/2015, pp. 56 ss., GÓMEZ TOMILLO, 2016, pp. 63 ss. y 99 ss. Vid. también una breve referencia crítica en LASCURAÍN 2015, pp. 289 ss., FEIJOO 2015, p. 70, NIETO 2015, pp. 67 s.

que, expuestos de forma abreviada, eran: 1) un presupuesto, integrado por el incumplimiento por parte de representantes o administradores de medidas idóneas para la prevención de delitos; 2) el posterior inicio de la ejecución de alguno de esos delitos que podría haber sido evitado si se hubiesen adoptado las referidas medidas.

Dicho detalladamente, el tipo consistía en no adoptar las medidas de vigilancia o control que le resultan exigibles al representante legal o al administrador de hecho o de derecho de cualquier persona jurídica o empresa, organización o entidad que carezca de personalidad jurídica, para evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito¹⁰⁰, cuando se dé inicio a la ejecución de una de esas conductas ilícitas que habría sido evitada o, al menos, seriamente dificultada, si se hubiera empleado la diligencia debida.

La conducta quedaba definida, pues, ante todo, como un no hacer (no adoptar las medidas que se indican en el precepto). Era, pues, un delito de omisión, pero no un delito de omisión pura o simple, puesto que, además de un no hacer, el tipo exigía un resultado (la iniciación de la ejecución de un delito por parte de un subordinado o empleado de la entidad empresa) que debe ser consecuencia de la no adopción de las medidas exigibles¹⁰¹.

Repárese, en fin, en que el tipo del art. 286 seis definía explícitamente lo que, a mi juicio, debe requerirse también en la infracción penal de la PJ merced a una reducción teleológica, esto es, la conexión de riesgo entre el resultado y la omisión. En efecto, de un lado, el tipo exigía la idoneidad o aptitud de la omisión de las medidas de vigilancia para propiciar la comisión de futuras infracciones por parte de los subordinados (dichas medidas eran únicamente aquellas “que resultan exigibles para *evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito*”); de otro lado, se exigía la efectiva causación de un resultado, que consistía en el inicio de la ejecución de una conducta delictiva por parte de un empleado de la empresa y que únicamente podía imputarse a la omisión del directivo cuando se hubiese acreditado que dicha conducta delictiva “habría sido evitada (o, al menos, seriamente dificultada) si se hubiera empleado la diligencia

¹⁰⁰ Si bien, *prima facie*, pudiera parecer que el resultado venía caracterizado de forma alternativa como la realización de “conductas peligrosas tipificadas como delito” y como una mera “infracción de deberes” (que no fuesen constitutivas de delito), lo cierto es que tanto una interpretación sistemática como una teleológica (así como el respeto al principio de proporcionalidad) conducían, a mi juicio, a entender que la “infracción de deberes” tenía que ir referida también a conductas que estuviesen “tipificadas como delito”. Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, *Libertas*, 3/2015, pp. 86 ss.

¹⁰¹ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, *Libertas*, 3/2015, pp. 80 ss.

debida”¹⁰².

Pues bien, baste con dejar constancia aquí de la conveniencia de tipificar un delito de características parecidas (eso sí, con una técnica correcta) a las que ofrecía el mencionado art. 286 seis del Proyecto de 2013, en línea que sugerí en su momento, sin perjuicio de considerar otras valiosas propuestas formuladas en la doctrina¹⁰³.

A lo que indiqué en mis trabajos anteriores, añado ahora que la creación de un delito de tales características me parece imprescindible singularmente en el caso de que el déficit organizativo de la PJ que da lugar al estado actual de cosas favorecedor de delitos provenga exclusivamente de la actuación de los órganos directivos que *en ese momento* administraban el ente. Ello sucederá normalmente en PJ de pequeñas dimensiones en el seno de las cuales pudiera atribuirse exclusivamente a uno o varios individuos las conductas que dieron lugar a la comisión de delitos en nombre y en beneficio de la PJ.

Es más, -como ya indiqué supra en el epígrafe I.1.2.2.- comparto la idea de que en este caso (en el que, en rigor, no cabe hablar de una RPPJ diferenciada de la responsabilidad de las personas físicas que la integran) debería decaer la necesidad político-criminal de hacer penalmente responsable a la PJ y debería ser suficiente con la responsabilidad penal de las mencionadas personas físicas¹⁰⁴. Téngase en cuenta al respecto que -como ya expliqué supra en el epígrafe I.1.2.1- en realidad la infracción penal de las PJ tiene también como finalidad última la intimidación de administradores y socios para que implanten programas adecuados de prevención de delitos; lo que sucede es que dicha intimidación opera a través de una vía *indirecta* (vinculada a la exigencia de la RPPJ en cuanto tal), a diferencia de lo que sucedería en un delito semejante al del art. 286 seis del Proyecto de 2013 en el que la intimidación operaría *directamente* sobre las personas físicas (administradores o representantes de la PJ)¹⁰⁵.

Por tanto, el nuevo delito genérico vendría a colmar plenamente

¹⁰² Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN Libertas, 3/2015, pp. 79 s. y 81 ss.

¹⁰³ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, Libertas, 3/2015, pp. 104 ss. y mi DPEE (PG), 2022, pp. 720 s., donde aludo a las propuestas de SCHÜNEMANN, PAREDES, DEMETRIO y DE VICENTE REMESAL

¹⁰⁴ Vid. en este sentido CIGÜELA, 2015, p. 337. Sin embargo, FEIJOO (2015, p. 70) -eso sí, partiendo de la actual regulación del CP español que reconoce la responsabilidad penal *de toda clase* de PJ- considera que, en lo que atañe al cumplimiento normativo de la organización, es suficiente con la responsabilidad propia de la PJ, por lo que, a su juicio, fue correcta la renuncia final del legislador de 2015 a introducir el delito del art. 286 seis.

¹⁰⁵ Sobre las diferentes vías (tanto directas como indirectas) a través de las cuales opera la prevención general de intimidación sobre los administradores de la PJ, vid., de forma pormenorizada, SILVA, 2023, pp. 13 ss., entre las cuales incluye las dos que menciono en el texto.

las exigencias preventivas en este ámbito, al ser compatible con los posibles delitos específicos que se hubiesen podido realizar en el seno de la empresa y que pudiesen ser atribuidos individualmente a todos o algunos de los órganos directivos¹⁰⁶.

En nuestra doctrina se ha llegado incluso a afirmar que la creación de un delito de estas características podría suplir en todo caso la previsión de una responsabilidad penal de las propias PJ. En este sentido hay que destacar la propuesta de ROBLES, relativa a sustituir la RPPJ por una vía similar a la que introducía el art. 286 seis, a saber, “el establecimiento de deberes (eventualmente penales) sobre las personas físicas que tienen *competencias organizativas* en la empresa, esto es, los administradores, para que adopten medidas estructurales adecuadas a la prevención de delitos”¹⁰⁷.

Considerando atendible esta propuesta, yo simplemente matizaría que la introducción del delito destinado a castigar a las personas físicas no es incompatible con el mantenimiento de una RPPJ (dejando tal vez al margen el citado caso de las PJ de pequeñas dimensiones), concebida en los términos que esboqué anteriormente, como una responsabilidad *estructural* que recae sobre el conjunto empresarial¹⁰⁸, en el supuesto en que el delito efectivamente cometido por un integrante fuese la materialización del riesgo generado por un déficit organizativo del ente y debido a una actuación conjunta de miembros actuales y pasados, con respecto a la cual no resultase factible imputar dicho delito a las conductas de unos directivos determinados e identificados.

A la vista de las consideraciones precedentes y una vez que se ha puesto de manifiesto el paralelismo de la estructura de la infracción penal de la PJ con el delito contenido en el art. 286 seis del Proyecto de 2013, estamos en condiciones de profundizar en el examen de los dos elementos que integran dicha estructura.

¹⁰⁶ Con razón ha podido afirmar CIGÜELA (2015, p. 377) que “el *compliance* constituye un deber jurídico reforzado para los administradores, cuyo incumplimiento podría generar, delito individual mediante, responsabilidad tanto para sí mismos, cuando hayan incumplido los deberes específicos que tienen encomendados, como también para la propia empresa, cuando el incumplimiento sea expresión de un defecto estructural general”.

¹⁰⁷ Vid. ROBLES PLANAS, 2021, p. 339, y vid. ya anteriormente, 2009, p. 9.

¹⁰⁸ Sobre esta diferenciación en la RPPJ atendiendo a la posible (o imposible) individualización de los directivos causantes del déficit organizativo peligroso, vid. CIGÜELA, 2015, pp. 336 s., partiendo de la base de interpretar el art. 31 bis desde el paradigma de la responsabilidad estructural que integra y combina recíprocamente los modelos de la autorresponsabilidad y la heteroresponsabilidad (estructura colectiva y acción individual).

III. EL PRESUPUESTO (O SUSTRATO) DE LA INFRACCIÓN PENAL DE LA PJ: EL DÉFICIT ORGANIZATIVO PREVIO A LA REALIZACIÓN DE UN HECHO PENALMENTE TÍPICO POR PARTE DE LA PERSONA FÍSICA

3.1. Naturaleza jurídica y función dogmática. La necesidad de una reducción teleológica de la infracción: remisión a la doctrina de la imputación objetiva

Vaya por delante la aclaración de que en este epígrafe solo me voy a ocupar de examinar la *naturaleza jurídica* del presupuesto (o sustrato) y la *función dogmática* que cumple. Rebasaría con creces los límites de este trabajo entrar a analizar su contenido, o sea, las características del estándar de adecuación del modelo de prevención a la vista de la concreta regulación prevista en el art. 31 bis-2 a 5¹⁰⁹.

En mi opinión, con anterioridad a la reforma de 2015¹¹⁰ ya había que exigir como elemento supralegal de la infracción penal de la PJ la constatación de un estado de cosas peligroso de “favorecimiento” (objetivo) de la comisión de un hecho penalmente típico por parte del integrante individual (desorganización peligrosa *ex ante*). Y es que, en efecto, más allá de la literalidad de la regla de imputación de responsabilidad contenida en el art. 31 bis-1, había que exigir un complemento restrictivo que permitiese una reducción teleológica del alcance de la RPPJ. La razón de dicha exigencia residía en que solo así podía afirmarse la concurrencia de *necesidad* de pena tanto preventivo-general como preventivo-especial de sanción en la propia PJ, que constituyen el *fundamento* de su responsabilidad¹¹¹.

¹⁰⁹ Sobre ello vid. ya, p. ej. SILVA, 2016, pp. 685 ss.

¹¹⁰ Como es sabido, hasta la reforma de 2015 la regulación legal no incluía tales programas de cumplimiento. La doctrina dominante había venido llamando la atención sobre la circunstancia de que en la anterior regulación no se incluyese previsión alguna de eximentes para las PJ, dado que evidentemente no se proyectan sobre ellas las posibles eximentes aplicables a las personas físicas. Vid., entre otros, MORALES, 2010, 58 s.; CARBONELL/MORALES, 2010, 75 s.; DE LA CUESTA ARZAMENDI 2011, 28; SILVA 2013, 31; NIETO 2015, pp. 79 ss. Por lo demás, recuérdese que ya antes de la inclusión de la RPPJ en el CP español, NIETO (2008, p. 324) incluía en su propuesta como presupuesto de dicha responsabilidad el hecho de que la PJ no hubiese implementado, o lo hubiese hecho de forma ineficaz, un código de prevención destinado a prevenir o investigar la clase de delito que se ha realizado, añadiendo que “no existe responsabilidad penal si la persona jurídica cuenta con un Código de prevención eficaz” (vid. art. 2-1 de la propuesta y vid. art. 3 en el que fijaba los requisitos del código de prevención).

¹¹¹ Vid. por todos ya SILVA, 2013, pp. 34 ss. Posteriormente, vid. 2016, p. 671 s., y, más recientemente, 2021, p. 132 ss.: si no se lleva a cabo esta exégesis de reducción del alcance de la regla del art. 31 bis-1, la atribución de responsabilidad a la PJ se basaría solo en dos factores (en la vinculación del delito realizado con su actividad y en el discutible criterio de la obtención de un beneficio) que son criterios de pura heteroresponsabilidad, que no justifican suficientemente

Esta comprensión del primer elemento de la infracción penal de la PJ se vio confirmada con la introducción de los denominados *programas de cumplimiento* en los apartados 2 a 5 del art. 31 bis en la reforma de 2015, cuya ausencia (a pesar del tenor literal con el que son calificados por el legislador, esto es, como “eximentes”) se erige ahora –a mi juicio– en el auténtico presupuesto (fundamento o sustrato) de la RPPJ¹¹², lo cual resulta coherente con la función primordial que, a mi juicio, debe atribuirse a dichos programas de cumplimiento, a saber, una función de colaboración con el Estado en la tarea de prevenir delitos (función estatal de policía preventiva), que entraña un mandato de lograr un *resultado* (y no una simple prestación de medios)¹¹³.

Ciertamente, adoptando como marco de referencia las categorías e instituciones de la teoría jurídica del delito elaboradas para las personas físicas, se han sugerido diversas tesis con respecto a la naturaleza jurídica de dichos programas de cumplimiento¹¹⁴.

A mi juicio, de acuerdo con la estructura de la infracción penal de la PJ que aquí propongo, las condiciones descritas en los números 2 a 5 del art. 31 bis no pueden ser calificadas, en rigor, dogmáticamente como “eximentes”¹¹⁵, puesto que, con independencia de la concreta naturaleza que se les quiera atribuir, esta caracterización presupone en todo caso la existencia de una *infracción* completa (análoga a lo que en la teoría del delito conocemos como realización de un tipo penal). Por tanto, frente a lo que *prima facie* se desprende de la literalidad del vocablo empleado por el legislador, hay que oponer que, si la PJ ha adoptado las medidas idóneas de prevención de delitos indicadas en dichos números del art. 31 bis, no puede existir ya siquiera el presupuesto de una previa infracción, de la cual pudiera predicarse

la imposición de una sanción punitiva a la PJ.

¹¹² Vid., entre otros, FEJJO, 2015, pp. 71 ss. y 80, calificándolo también como el “fundamento” de la RPPJ, y 2023, pp. 29 ss. (“el sustrato”). Comparten, asimismo, la idea de que dicha ausencia es el auténtico *presupuesto* de la responsabilidad penal de las PJ, PASTOR MUÑOZ, 2022, p. 816, añadiendo que dicho programa eficaz vendría a ser la traducción de la exigencia de contribuir a las funciones estatales de policía, exigencia que –en su opinión– sería el auténtico fundamento de los programas de cumplimiento.

¹¹³ Vid., entre otros, ya NIETO, 2008, p. 148, SILVA, 2013, p. 45, PASTOR, 2022, p. 815. En sentido similar, vid. además FEJJO, 2015, pp. 72 ss., aludiendo al fundamento de carácter estructural-organizativo, consistente en “incentivar el cumplimiento de la legalidad y, en sentido contrario, desincentivar el logro de fines económicos o empresariales mediante medios delictivos”.

¹¹⁴ Sobre la discusión en torno a la naturaleza jurídica de la “eximente”, vid. por todos BOLDOVA, 2022, pp. 10 ss. con amplias indicaciones.

¹¹⁵ Sin embargo, un amplio sector doctrinal les otorga esta naturaleza, descartando que pueda concebirse como *una especie* de ausencia de tipicidad de la infracción penal de la PJ. Vid. por todos BOLDOVA, 2022, pp. 22 ss., con indicaciones.

una eximente (ni siquiera una eximente análoga a una especie de causa de justificación)¹¹⁶.

¿Por qué el legislador de 2015 empleó entonces el verbo *eximir*? A mi juicio, ello puede tener su explicación: el legislador redactó el art. 31 bis desde el punto de vista de la realidad procesal y criminológica, a la que aludí más arriba. En efecto, está partiendo de la base de que, desde dicha perspectiva, la primera operación intelectual que debe llevar a cabo el intérprete (como condición de posibilidad) es, de conformidad con lo dispuesto en el apartado 1 del art. 31 bis, la constatación de que una persona física (directivo o empleado) realizó un hecho penalmente típico de los específicamente descritos en el Libro II del CP como susceptibles de ser atribuidos a una PJ y que ese hecho fue cometido en nombre o por cuenta de la PJ y en su beneficio, directo o indirecto. Como ya indiqué anteriormente, la acreditación de este requisito vendría a ser para la *infracción* penal de la PJ algo parecido a un indicio (procesal) de que pudo haberse llevado a cabo tal infracción, con la particularidad añadida de que, a la postre, constituirá también un elemento integrante de esa responsabilidad. Por ello, es razonable que, a la hora de describir el enunciado de la infracción penal de la PJ, el legislador parta de ese requisito. En otras palabras, el legislador pretende indicarnos que el juez únicamente está autorizado para iniciar diligencias penales cuando haya comprobado que se ha realizado un hecho penalmente típico por parte de una persona física en los términos definidos en el art. 31 bis-1; y, al propio tiempo, pretende decirnos asimismo que, por el contrario, en forma alguna puede hacerlo por el mero hecho de que se constate que la PJ carece de un programa de prevención de delitos, porque –insisto una vez más– la infracción penal de la PJ no admite el castigo de algo similar a una tentativa, en atención a lo cual por mucho defecto organizativo que haya nunca se podrán iniciar diligencias penales contra la PJ si no concurre la realización de un hecho penalmente típico por parte de la persona física¹¹⁷.

Esta explicación se ve corroborada además por la interpretación histórica, en el sentido de que, antes de la reforma de 2015, lo dispuesto en el apartado 1 del art. 31 bis integraba ya todo el contenido de la infracción penal de la PJ, sin mención alguna de posibles eximentes.

En definitiva, ni el orden expositivo del art. 31 bis ni la terminología utilizada en él (por más que el legislador llegue a emplear el verbo “eximir”) en modo alguno pueden prejuzgar la *naturaleza jurídica* del

¹¹⁶ Ello se corresponde con el denominado “modelo latino”. Vid. por todos FEIJOO, 2023, pp. 24 ss., 31 ss. y 37 ss.

¹¹⁷ Ni siquiera estamos ante una infracción típica administrativa. vid. BOLDOVA, 2022, p. 29.

elemento contenido en los números 2 a 5, ni, por extensión, la estructura dogmática de la infracción penal atribuible a la PJ.

Y a este entendimiento de la naturaleza jurídica del elemento en cuestión no puede oponerse el argumento (esgrimido por GÓRRIZ¹¹⁸ y G. CUSSAC¹¹⁹) consistente en considerar que es difícilmente compatible con la regulación legal, habida cuenta de que –arguyen dichos penalistas– esta permite apreciar también los programas de cumplimiento como simples atenuantes de la RPPJ y, por tanto, obligaría a hablar de una “extraña tipicidad parcial”.

Este argumento proviene del malentendido inicial de partir la premisa de que la PJ realiza un *delito* en el que concurren todos los elementos de la teoría del delito, como si de una persona física se tratase. Sin embargo, si se descarta este entendimiento y se asume que en la RPPJ estamos ante un subsistema diferente en el que únicamente cabría recurrir a meras *equivalencias* a efectos simplemente exegéticos, no hay inconveniente alguno en afirmar que el *presupuesto de la infracción penal* de la PJ viene dado por el incumplimiento de las medidas adecuadas de prevención de delitos. Sentado esto, nada se opone a que un cumplimiento (parcial) de algunas de dichas medidas (que, en todo caso, no sirvió para prevenir el delito realizado por la persona física) pueda tenerse en cuenta *posteriormente* (a la hora de graduar la sanción) para atenuar la RPPJ, esto es, para atenuar una infracción penal de la PJ ya *completa*, para lo cual debe concurrir no solo dicho presupuesto, sino también el hecho de conexión (la realización de un hecho penalmente típico por parte la persona física). En conclusión, en modo alguno cabría hablar de una “tipicidad parcial” de la infracción penal de la PJ, sino de atenuaciones que operan una vez que se ha acreditado la “tipicidad total” de la infracción penal de la PJ¹²⁰.

¹¹⁸ GÓRRIZ, 2019, p. 20.

¹¹⁹ GONZÁLEZ CUSSAC, 2020, p. 214. Por lo demás, cabe añadir que esta argumentación no se acaba de compadecer bien con lo que sostiene este autor en otro pasaje de su exposición, cuando afirma que los *programas de cumplimiento* (recogidos en los nuevos apartados 2 a 5 del art. 31 bis) se erigen entonces en criterio esencial para evaluar la medida de infracción de los deberes de control, vigilancia y supervisión de las personas físicas descritas (GONZÁLEZ CUSSAC, 2015, pp. 169 ss., y 2020, pp. 147 s.)

¹²⁰ Vid. en este sentido GOENA, 2017, pp. 349 s., quien, en la línea de lo que sostengo en el texto, acertadamente, aclara que en estos casos de acreditación meramente parcial de un programa de prevención eficaz existe ya el presupuesto típico para sancionar a la empresa (y por ello no se le exime), pero “al existir *algo de control*, el riesgo típicamente relevante desplegado por la persona física solo puede atribuirse en menor grado a la empresa”. Consecuentemente, el fundamento de la mitigación de sanción prevista en el art. 31 bis para los casos de “acreditación parcial” reside en el reconocimiento del esfuerzo de la PJ por conseguir *ex ante* una cultura de cumplimiento con el Derecho. Por tanto, comparto también con esta penalista la idea de que las atenuaciones del art. 31 bis 2 y 4 no pueden calificarse como “circunstancias atenuantes” *stricto*

Por lo demás, si los programas de cumplimiento fueran una especie de eximentes de una infracción penal completa de la PJ, habría que llegar a la insostenible conclusión de que el hecho objetivamente antijurídico de la infracción penal de la PJ existiría ya por el mero dato de que un integrante de la PJ hubiese realizado un delito en su nombre y en su beneficio, sin necesidad de constatar que la PJ hubiese realizado una conducta previa de favorecimiento (consistente en la omisión de medidas de prevención).

A mayores, desde la perspectiva de la concepción significativa del delito que asumo, procede agregar que las denominadas causas de justificación, poseen naturaleza *personal* y requieren en todo caso un elemento subjetivo, consistente en conocer y querer la situación y acción justificantes¹²¹, en virtud de lo cual queda ya descartada conceptualmente cualquier posibilidad de equivalencia.

Por supuesto, y con mayor motivo, habrá que rechazar *a fortiori* que dichas “eximentes” pudiesen poseer la naturaleza de algo equivalente a las causas de inimputabilidad o, en general, de exclusión de la culpabilidad de la PJ.

En suma, en la infracción penal de la PJ no tienen cabida ya *conceptualmente* categorías equivalentes a las que en la teoría del delito incluimos en la denominada imputación subjetiva¹²².

Es más, creo que, en todo caso, debería evitarse el empleo de vocablos frecuentemente usados como “imputabilidad” o “culpabilidad”, o incluso “exigibilidad”¹²³ en referencia a la RPPJ, por más que se matice que se trata de meros equivalentes funcionales de las instituciones de la teoría del delito aplicables a las personas físicas.

Cuestión diferente es que se hable de PJ imputables e inimputables, en el sentido apuntado inicialmente por la jurisprudencia de la AN y por las Circulares FGE 1/2011 y FGE 1/2016¹²⁴, o sea, para referirse, respectivamente, a sociedades que responden con arreglo al art. 31 bis y a sociedades que responden conforme al art. 129, o en el concreto sentido que le otorgaba NIETO en su propuesta¹²⁵; pero creo que

sensu, a diferencia de las enumeradas en el art. 31 quater, y que la separación de la regulación entre unas y otras reside en el diferente fundamento y, en concreto, en el carácter postejecutivo de las previstas en el art. 31 quater. Vid. además FARALDO, 2019, pp. 159 ss.

¹²¹ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, 2021, pp. 313 ss. y, especialmente, 350 ss.

¹²² Vid. ya BOLDOVA, 2013, p. 232: el *compliance* no puede ser una causa de exculpación, porque “no hay culpabilidad que excluir”; vid. además CIGÜELA, 2015, pp. 309 s., y 2020, 5.1.

¹²³ Sobre este vocablo vid., p. ej., el empleo que de él hace NIETO, 2023, pp. 36 ss., considerando que el principio de exigibilidad debe ser de aplicación también en el caso de PJ.

¹²⁴ Vid. por todos G. CUSSAC, 2020, p. 110 y GÓMEZ-JARA, 2023, pp. 19 ss. Vid. además ya anteriormente GÓMEZ-JARA, 2005-a, pp. 439 ss.

¹²⁵ Esto es, para referirse a los supuestos de pequeñas empresas o de sociedades pantalla, en

incluso en ese caso debería evitarse dicha terminología y utilizar otra, como, v. gr., la de diferenciar entre sociedades que responden por una infracción penal (o que son “susceptibles de imputación penal”)¹²⁶, y las que no responden de tal infracción. La razón reside en que hay unanimidad en la doctrina y jurisprudencia penales a la hora de entender que, cuando el vocablo *imputabilidad* va referido al sujeto activo de un delito, alude a la normalidad psíquica y a la madurez del desarrollo mental de una persona física. Es más, en el *Diccionario panhispánico del español jurídico* el vocablo *imputable* (imputabilidad es cualidad de imputable), “dicho del sujeto activo del delito”, significa “que tiene plena imputabilidad, o sea, normalidad psíquica y madurez de su desarrollo mental (...) y por ello se da el primer presupuesto para que pueda ser plenamente responsable y culpable (...)”.

Por su parte, el vocablo *culpabilidad* posee una acepción (la segunda) específicamente jurídica, que solo es aplicable a las personas físicas, al exigir elementos subjetivos: “reproche que se hace a quien le es imputable una actuación contraria a derecho, de manera deliberada o por negligencia, a efectos de la exigencia de responsabilidad”.

En definitiva, al menos en el ámbito del mismo sector del Ordenamiento jurídico, como es el Derecho penal, debería evitarse atribuir significados diferentes a una institución o categoría jurídico-penal, y máxime cuando esa anfibología no encuentra respaldo en el Diccionario de la RAE.

En fin, ni que decir tiene que también debe rechazarse la terminología de *excusa absolutoria* para referirse a los programas de cumplimiento, puesto que las (mal llamadas) excusas absolutorias (trátese de causas de exclusión de la punibilidad o de causas de anulación de la punibilidad) presuponen la concurrencia de *todas* las categorías esenciales del delito,

cuyo caso no existiría RPPJ, aunque sí se podría imponer una *consecuencia accesoria* a la pena impuesta a los responsables individuales (art. 2, apdos. 3 y 4 de la propuesta). Vid. NIETO, 2008, pp. 324 s.

¹²⁶ Con plena precisión explica G. CUSSAC (2020, p. 111) que la terminología “sociedades imputables”, utilizada por la FGE “equivale a aquéllas que pueden responder penalmente conforme al art. 31 bis y siguientes CP”. Vid. también FEIJOO, 2023, pp. 104 s., criticando “equivalencias precipitadas entre responsabilidad individual y corporativa” y, en particular, criticando la alusión que se efectúa en algunas sentencias a una “ausencia de imputabilidad” o a una “inexistencia de capacidad de culpabilidad” (como, p. ej., la STS 894/2022, de 11-11) para referirse a los citados casos de sociedades unipersonales en los que no existe un “sujeto idóneo de imputación”, porque no existe una auténtica *organización* como sustrato material. Ciertamente, en el ámbito de la responsabilidad (administrativa) patrimonial del Estado se halla muy extendida en la doctrina y en la jurisprudencia la utilización del vocablo “imputabilidad” para aludir a la “imputación de los hechos” dañosos a algún órgano de la Administración. Sin embargo, en el ámbito del Derecho penal siempre se ha distinguido entre “imputación” e “imputabilidad”.

incluyendo la culpabilidad.

Sin embargo, tras la reforma de 2015, la Circular 1/2016 FGE otorga a los referidos programas de cumplimiento la naturaleza de causa personal de exclusión de la pena (a modo –se dice– de “excusa absoluta”), añadiendo la consecuencia de que la carga probatoria incumbe a la PJ, sobre la base de acreditar un “compromiso ético” o “cultura ética empresarial” de esta¹²⁷.

Con respecto a esta interpretación cabe objetar, con FEJOO, que la exención no puede poseer esa naturaleza, dado que se basa en la responsabilidad por el hecho, afectando al fundamento mismo de la responsabilidad de la PJ, al faltar un presupuesto para la imposición de la sanción¹²⁸. Precisamente, lo que no habría que descartar de *lege ferenda* es, a mi juicio, la previsión de una específica excusa absoluta, configurada técnicamente como una especie de causa de *anulación* o de *levantamiento* de la responsabilidad penal de la PJ (y no como simple causa de atenuación, como la que se prevé en el art. 31 quater-c), en el caso de que la aplicación del programa de cumplimiento previamente adoptado permitiese una reparación o disminución efectivas del daño causado por el delito¹²⁹.

En conclusión, desde la perspectiva de la infracción penal *propia* de la PJ, lo que establecen los apartados 2 a 5 es el *presupuesto o sustrato* de dicha infracción.

Aunque el legislador español no haya estado afortunado a la hora de redactar el precepto, creo que puede sostenerse que lo dispuesto en los apartados 2 a 5 debe ser entendido *a contrario sensu*, es decir, lo que el precepto nos indica es que el *incumplimiento* de las medidas idóneas fijadas en dichos apartados es lo que sirve de presupuesto

¹²⁷ Circular 1/2016 de la FGE, pp. 55 ss.

¹²⁸ FEJOO, 2016-a (2ª ed.), pp. 93 ss., y 2016-b, pp. 24 ss. En este sentido se orienta también la STS 154/2016, de 29-2 (Pte. Maza Martín), al argüir que los programas de cumplimiento suponen “la inexistencia misma de la infracción” y revelan una “cultura de cumplimiento” o “de respeto al Derecho” (FJ 8º): vid. el comentario de FEJOO, *ibid.*, pp. 97 ss., y 2016-b, pp. 31 ss., quien, con todo, critica con razón, como ya indiqué, la configuración que se desprende de la sentencia, al concebir el art. 31 bis como un tipo penal autónomo específicamente tipificado, diferente del que se imputa a la persona física, al estilo de una especie de *crimen culpaee*. Vid. además FEJOO, 2023, pp. 31 ss.

¹²⁹ Con respecto a ello propone CIGÜELA (2015, p. 377) entender que quedaría excluida la “tipicidad objetiva” cuando “mediante el *compliance* la empresa haya conseguido, aunque sea posteriormente al delito, evitar la difuminación del beneficio económico en el patrimonio social”. Sin embargo, a mi juicio hay que matizar que, si la actuación de la PJ fuese *posterior* a la realización del delito por parte de la persona física, entonces la *infracción penal* de la PJ ya se habría consumado y, por tanto, nunca podrá quedar excluida la “tipicidad objetiva”; sólo cabrá hablar de una causa de exención post-consumativa, análoga a las causas de levantamiento de la punibilidad.

imprescindible para la exigencia de responsabilidad penal a la PJ¹³⁰. Como reconoce SILVA, la que el CP califica de “eximente” y describe como “modelo adecuado de prevención y gestión” en los apartados 2 a 5 del art. 31 bis se halla formalmente separada de la regla de imputación del art. 31 bis 1, pero *materialmente* se integra en esta regla¹³¹.

No obstante, creo que, desde mi punto de vista, debe ser matizada la opinión de SILVA cuando, al hablar de las *razones materiales* de la eximente, considera que los modelos de prevención constituyen condiciones de la permisión (autorización estatal) del riesgo/empresa, y que es una eximente que excluye el desvalor objetivo del estado de cosas favorecedor de delitos por parte de la PJ¹³².

En efecto, en mi opinión, como queda dicho, la implantación los modelos de prevención no representa una *permisión* que compense un previo desvalor objetivo de un estado de cosas, sino simplemente un presupuesto, negativamente formulado¹³³, de la *infracción* de la PJ, de tal manera que, si tales modelos existen, no se cumple ese presupuesto (y no ha lugar a seguir adelante en el análisis de los elementos de la infracción), y, si los modelos no existen, surge ya ciertamente el presupuesto de la infracción y se podrá pasar a examinar si concurre el segundo elemento de la infracción. *Tertium non datur*.

De la naturaleza jurídica de este segundo elemento me ocuparé con detenimiento en el apartado IV. Ahora bien, antes de pasar a examinarlo resulta necesario aclarar todavía aquí un ulterior interrogante que concierne al primer elemento, aunque también se halla relacionado con el segundo: ¿requiere el presupuesto de la infracción penal de la PJ algo más que la omisión de las medidas de *compliance* legalmente descritas?

Este interrogante ha dado lugar a una controversia doctrinal. Sin embargo, a la vista de la estructura que, a mi juicio, posee la infracción penal de la PJ, la respuesta me parece, en principio, clara: el presupuesto

¹³⁰ Vid. ya SILVA, 2016, pp. 674 s.: la aparición en escena de la eximente de “modelos de prevención” nos aporta un dato relevante para determinar *a contrario* cuáles son los auténticos presupuestos de la imputación de responsabilidad a la PJ por los delitos de las personas físicas que obran en su seno.

¹³¹ SILVA, 2021, p. 131.

¹³² Vid. SILVA, 2016, p. 682. Y previamente afirma (p. 676) que, así, la ausencia de los modelos de prevención (o sea, el estado de cosas de descontrol o defecto organizativo) es algo *valorado negativamente por el Derecho*, y, viceversa, la implantación de los modelos de prevención adecuados vendría a compensar el juicio de desvalor relativo al estado de cosas favorecedor de delito (valorado como un riesgo jurídicamente desaprobado). En una línea similar, vid. BOLDOVA, 2022, pp. 10 ss.

¹³³ En sentido similar, vid. FEIJOO, 2016-b, p. 30; GALÁN, 2017, p. 214.

requiere, efectivamente, algo más que la omisión de las medidas de *compliance* legalmente descritas, y que puede ser definido como la existencia de un peligro organizativo *ex ante* (o, si se prefiere, como apunta SILVA, un estado de cosas peligroso de favorecimiento de la comisión de delitos).

Lo que sucede, no obstante, es que, por sí misma, la constatación de un peligro organizativo *ex ante* así descrito carece de relevancia práctica, en la medida en que tal peligro (en sí mismo considerado, y sin perjuicio de la posible responsabilidad administrativa¹³⁴) no conlleva responsabilidad penal alguna para la PJ¹³⁵, habida cuenta de que –como ya indiqué– la infracción penal de la PJ no admite algo análogo a una tentativa (dicho peligro vendría a ser, pues, algo equivalente a una especie de *tentativa objetiva*, impune)¹³⁶.

Por tanto, el peligro organizativo *ex ante* solo adquirirá relevancia cuando se materialice en la realización de un delito por parte de un integrante de la PJ. Según esbocé más arriba y desarrollaré más abajo, la *infracción penal* de la PJ no puede limitarse a exigir la omisión de las medidas de *compliance* legalmente descritas, incluso en el caso de que entrañen una peligrosidad *ex ante* de favorecimiento de la comisión de delitos, sino que hay que requerir además que la realización del delito efectivamente cometido por la persona física haya sido posible precisamente por la ausencia de dichas medidas, esto es, hay que requerir una conexión de riesgo entre el peligro generado por dicha ausencia y el delito efectivamente cometido como un auténtico resultado del hecho propio de la PJ, según el modelo de la imputación estrictamente objetiva (comprobación *ex post* de la conexión de riesgo entre el resultado y la omisión)¹³⁷.

¹³⁴ Cfr. FEIJOO, 2023, p. 61.

¹³⁵ Y tampoco conlleva responsabilidad penal alguna para las personas físicas (representantes u órganos directivos) que actúan en nombre de la PJ, a las que pudiera atribuirse la omisión de dichas medidas, porque para ellas no está previsto en el CP un delito de estas características, o sea, no existe un delito de peligro similar al que se incluía en el referido art. 286 seis del Proyecto de reforma del CP de 2013, destinado a castigar penalmente como delito el “incumplimiento del deber de vigilancia o control en personas jurídicas y empresas”.

¹³⁶ De hecho, el propio SILVA (2016, p. 681) califica la exigencia de un modelo de prevención como una “incumbencia” (*Obliegenheit*) del órgano de administración, y no como un “deber”, en la medida en que la inobservancia de la incumbencia no lleva aparejada consecuencia alguna. En efecto, es cierto que el incumplimiento de la incumbencia tiene como consecuencia la imposibilidad de defensa, pero la necesidad de defensa solo surge en el caso de que alguna persona física lleve a cabo un hecho delictivo. Sobre la calificación de *incumbencia*, vid. ya anteriormente ROBLES, 2009, p. 10, y 2014, pp. 226 s.

¹³⁷ Vid. con claridad CIGÜELA, 2015, p. 313, quien indica que la comprobación de si el hecho delictivo individual es una concreción del riesgo generado en el contexto de la PJ es algo que debe resolverse desde una perspectiva *ex post*. Con todo creo que esto puede deducirse también de la afirmación de SILVA cuando literalmente (2021, p. 132) alude a “un estado de cosas

En suma, de lo anterior se colige que puede suceder que la PJ no haya adoptado las medidas legales idóneas para la prevención de delitos, pero que, pese a ello, el delito efectivamente cometido por la persona física no pueda ser imputado al riesgo creado por la ausencia de tales medidas.

Efectuada esta matización, y frente a opiniones que consideran que la reducción teleológica no es necesaria desde la reforma de 2015, porque no añade nada a la eximente de *compliance*¹³⁸, puede convenirse entonces en determinado sentido con SILVA en que, a pesar de la introducción de los apartados 2 a 5 del art. 31 bis en la reforma de 2015, con la regulación actual sigue siendo necesaria una reducción teleológica del alcance de la RPPJ, más allá de la literalidad de la regla de imputación de responsabilidad contenida en el art. 31 bis-1, a modo de complemento restrictivo (que SILVA sigue calificando de supralegal incluso después de la reforma de 2015)¹³⁹.

Eso sí, cuestión ulterior será examinar las concretas características que debe cumplir el modelo de prevención y su gradualidad.

No obstante, a la vista de la estructura de la infracción penal de la PJ que aquí propongo, se comprenderá que pierden buena parte de su sentido algunas de las consideraciones que se han efectuado al respecto por parte de la doctrina especializada¹⁴⁰.

En efecto, con arreglo a las premisas de las que parto, la tarea se simplifica en la medida en que nos remite necesariamente al caso concreto para comprobar desde un punto de vista *ex post* la conexión de riesgo entre la omisión y el resultado.

Por tanto, desde una perspectiva *ex ante* la única división que cabe establecer es la que distingue entre medidas plenamente eficaces “para prevenir delitos o para reducir de forma significativa el riesgo de su comisión”, en el sentido de los apartados 2 a 5 del art. 31 bis, y medidas que no lo son.

En el primer caso la adopción y ejecución de tales medidas hace que no exista ya el presupuesto o sustrato de la infracción, que vendría a ser el elemento equivalente al tipo indiciario en la teoría del delito (o sea, la vertiente puramente gramatical del tipo de acción en la terminología de la concepción significativa de la acción).

En el segundo caso, en cambio, existe el presupuesto, en virtud de

peligroso de favorecimiento objetivo de la comisión *del delito por parte del integrante individual que lo haya llevado a cabo*”.

¹³⁸ Así, p. ej., ORTIZ DE URBINA, 2019, p. 872, n. 31

¹³⁹ Vid SILVA, 2021, pp. 132 ss.

¹⁴⁰ Sobre tales consideraciones vid. singularmente SILVA, 2016, pp. 683 s. y 2021, pp. 135 s.; BOLDOVA, 2022, pp. 17 s. y n. 47.

lo cual concurre el tipo indiciario de la infracción. Ahora bien, para que surja la RPPJ habrá que acreditar que el delito concretamente realizado por la persona física fue precisamente la consecuencia del riesgo objetivamente creado con la ausencia de medidas.

Por consiguiente, ello significa que el caso en el que las medidas de prevención de delitos no fuesen consideradas *ex ante* “plenamente eficaces” (en el sentido de los apartados 2 a 5 del art. 31 bis) debe ser resuelto desde una perspectiva *ex post*, conforme a los criterios de imputación objetiva del resultado: solo así, podrá ponderarse debidamente (atendiendo a la variada gradualidad imaginable)¹⁴¹ la relevancia de las medidas de prevención adoptadas a la hora de rechazar o admitir la imputación objetiva del resultado.

En particular, supuestos tales como el hecho de haberse *iniciado* (pero no plenamente implementado) voluntariamente un modelo de prevención eficaz con anterioridad a la realización del hecho delictivo de la persona física¹⁴² podrían conducir -a la vista de los datos del caso concreto- a negar la imputación objetiva del resultado, siempre que la falta de implementación no obedeciese a un retraso imputable a la PJ. Y ello sin perjuicio de que de *lege ferenda* pudiese preverse expresamente esta situación como excluyente de la responsabilidad penal y de que, en su caso, de *lege lata* pudiese apreciarse la atenuación que el CP prevé para los casos de acreditación *parcial* de las medidas de prevención (arts. 31 bis-2-pfo. 2º y 4-pfo. 2º)¹⁴³.

¹⁴¹ Así, p. ej., SILVA 2016, pp. 683 s., ofrece una gradualidad referida al modelo de prevención, diferenciando diversas hipótesis en abstracto, entre las que incluye: 1) modelo *ex ante* adecuado adoptado, aunque no finalizado; 2) modelo finalizado pero que no ha reducido significativamente las tendencias propias de la organización defectuosa.

¹⁴² Y, así, es en esta sede donde deberán analizarse las juiciosas propuestas efectuadas en la doctrina, como, señaladamente, la propuesta de SILVA, cuando afirma (2016, pp. 683 s.) que el mero hecho del *inicio* (voluntario y predelictivo) del modelo de prevención debería tener ya un efecto de exención, porque, aunque persista una organización defectuosa favorecedora de la comisión de delitos, pone de relieve una voluntad de adhesión al Derecho del órgano de administración y los demás órganos implicados en la adopción y ejecución eficaz que denota una falta de necesidad de “pena” (o, mejor, cuasipena o correctivo preventivo). Dicho inicio voluntario y predelictivo constituye un equivalente funcional (incluso aventajado) de la “cuasipena” imponible a la PJ (pues lo que pretende esta es forzar la iniciativa de adopción del modelo de prevención). En este sentido vid. también CIGÜELA, 2015, p. 377, para quien también quedaría excluida la “tipicidad objetiva” de la responsabilidad de la PJ en el caso de que el *compliance* estuviese en proceso de implantación, siempre que se estuviesen dando los pasos idóneos y adecuados para prevenir delitos como el que estuviese siendo objeto de juicio y siempre que hubiese comenzado a establecerse con anterioridad a la comisión de este delito.

¹⁴³ Recuérdese que, según indiqué más arriba, tales atenuaciones no son atenuantes *stricto sensu*, y su fundamento reside en el reconocimiento del esfuerzo de la PJ por conseguir *ex ante* una cultura de cumplimiento con el Derecho, un esfuerzo que se plasma en la generación de un menor riesgo típicamente relevante. Vid. especialmente, GOENA, 2017, pp. 349 ss.; FARALDO,

Asimismo, podrá quedar excluida la imputación objetiva del resultado en el caso en que, existiendo un estado de cosas peligroso, la PJ adopta las medidas de vigilancia idóneas para neutralizarlo *ex ante*, aunque sin cumplir los requisitos formales y procedimentales de un modelo legal de *compliance*¹⁴⁴.

Y, en todo caso, recuérdese que también es imaginable una ausencia completa de medidas de prevención de delitos y que, en cambio, el delito efectivamente realizado por la persona física en nombre y en beneficio de la PJ no fuese consecuencia de la materialización del riesgo creado con dicha omisión.

En fin, en los supuestos en los que el delito cometido por la persona física no fuese objetivamente imputable a la omisión de medidas idóneas de prevención, no se cumpliría la vertiente valorativa de la infracción penal de la PJ (de modo análogo a lo que sucede con la vertiente valorativa del tipo de acción en la teoría del delito)¹⁴⁵. No se cumpliría el segundo elemento de la infracción penal de la PJ.

3.2. Consecuencias procesales

Evidentemente, la posición que se sostenga con respecto a la naturaleza jurídica de los elementos que integran la infracción penal de la PJ tendrá su reflejo en materia procesal¹⁴⁶. Y ello se puede comprobar en las diferentes tesis doctrinales, así como en las posiciones de la Fiscalía General del Estado y de la Sala Segunda del TS¹⁴⁷.

Si se asumen las consideraciones contenidas en los epígrafes anteriores, cobra razón de ser (y coherencia) la argumentación contenida en la controvertida STS (Pleno jurisdiccional) 154/2016, de 29-2, reafir-

2019, pp. 159 ss.

¹⁴⁴ Vid. SILVA, 2021, pp. 135 s., quien considera que en tal caso “no concurre el requisito de la ‘infracción del deber de vigilancia’ de la regla del art. 31 bis-1”. Sin embargo, entiendo que el tipo indiciario de la infracción subsiste, porque para que se pueda hablar de “medidas de vigilancia idóneas para prevenir delitos” en el sentido de la condición 1ª del n° 2 “deberán cumplirse los requisitos” formales de *compliance* definidos en el n° 5, según se indica en el inciso inicial de este apartado. Por tanto, la ausencia de responsabilidad penal de la PJ deberá fundamentarse en la inexistencia de imputación objetiva del resultado.

¹⁴⁵ Algunos penalistas, como SILVA (vid., entre otros trabajos, 2021, p. 131), hablan al respecto de una “eximente supralegal”, lo cual es materialmente correcto, porque, ciertamente, la exención de responsabilidad no se deriva del tenor gramatical del 31 bis-2); pero siempre que se matice que en rigor lo que se excluye es la imputación objetiva del resultado.

¹⁴⁶ Ni que decir tiene que la cuestión procesal tiene que ver con el modelo dogmático que se defiende para sostener la RPPJ. Vid. por todos SILVA, 2021, p. iii; BOLDOVA, 2022, pp. 18 ss., aportando además un excelente resumen del estado de la cuestión

¹⁴⁷ Vid. por todas indicaciones en GONZÁLEZ CUSSAC, 2020, pp. 209 ss., donde puede hallarse además una completa exposición de las diferentes posiciones que se han sustentado.

mada en sentencias posteriores¹⁴⁸, en el sentido de que la instauración de mecanismos de control idóneos para prevenir los delitos (scil., cumpliendo todos los requisitos de los números 2 a 5 del art. 31 bis) comporta ya la inexistencia de un hecho *típico* y, por ende, no cabe iniciar un proceso penal contra la PJ, sin necesidad de relegar la decisión a la fase del Juicio oral¹⁴⁹. Ciertamente, desde el planteamiento que propongo, cabe matizar los términos de esta argumentación en el sentido de que lo que no existe es ya el *fundamento (o sustrato) material* de la *infracción penal* de la PJ, por lo que el cumplimiento de las medidas idóneas de prevención *equivale a* la ausencia de tipicidad en la teoría del delito de las personas físicas¹⁵⁰, y, en particular, dicho con más precisión, *equivale a* la inexistencia del *tipo indiciario* (ahora sí procede esta expresión), que, en la terminología de la concepción significativa,

¹⁴⁸ Vid., p. ej., SsTS 202/2021, de 8-4, y 470/2021, de 2-6.

¹⁴⁹ Y así sucedió, p. ej., en el Auto del JCI n.º 6 de la AN, en el que se acordó el sobreseimiento provisional respecto a las sociedades REPSOL y CAIXABANK en el marco de la pieza separada 96/2017, referente al «Caso Tándem», sobre la base de entender que el elemento nuclear de la RPPJ reside en la ausencia de medidas de control idóneas y eficaces a la vista de lo dispuesto en el artículo 31 bis 2 CP. Vid. sobre este Auto el comentario de GÓMEZ CASALTA, 2021, quien, por su parte, se muestra crítico con dicho entendimiento de considerar el sistema de atribución de responsabilidad penal a las PJ como un modelo de autorresponsabilidad puro, arguyendo que ello supone tratar el sistema de atribución de la RPPJ como un delito de la parte especial del CP y aduciendo que ello sí podría haber resultado en cierta medida válido en relación con el art. 286 seis, propuesto en el proyecto de 2013. Agrega además este autor que interpretaciones similares a las que aquí sostengo pueden “generar incluso efectos procesales indeseables en relación con la carga de la prueba de los elementos del modelo de atribución de responsabilidad a las personas jurídicas” (sobre los efectos adversos en el proceso penal, vid. lo que expone dicho autor en el epígrafe 4). En particular, en lo que atañe al caso enjuiciado, GÓMEZ CASALTA (epígrafe 6), tras censurar que la imposición de tales deberes probatorios a las acusaciones supone una expresión más de la toma de posición del Magistrado a favor de los modelos de autorresponsabilidad, lamenta que pudiese llegar a imponerse “una carga probatoria injustificada a las acusaciones que pretendieran emprender acciones penales contra personas jurídicas, las cuales se encontrarían con un obstáculo de difícil superación al tener que probar un hecho negativo y, además, bajo el completo dominio de las partes acusadas, constituyendo un incentivo para no colaborar respecto de estas últimas de difícil razonamiento político-criminal”. Sin embargo, con respecto a esta crítica entiendo que el riesgo apuntado por GÓMEZ CASALTA queda conjurado si se atribuye a la PJ la carga de la prueba de la inexistencia de conexión de riesgo entre el resultado (la realización del delito por parte de la persona física) y la omisión de las medidas de prevención eficaces (vertiente valorativa de la infracción penal de la PJ), según explico a continuación en el texto.

¹⁵⁰ Esta es también la opinión de GÓMEZ-JARA, 2020, pp. 100 y 111 ss., al hilo del comentario al Auto de 11-5-2017, del JCI n.º 4 de la AN, en el que el Instructor acuerda el sobreseimiento libre y definitivo de la causa, al no haberse acreditado por la acusación que las medidas de vigilancia y control de la PJ no fueran idóneas para evitar la comisión de ilícitos. Subraya, acertadamente, dicho penalista que la declaración de ausencia de tipicidad resulta coherente con la referida falta de acreditación de la idoneidad de dichas medidas “como carga probatoria mínima de la acusación en fase de instrucción”. En igual sentido, vid. FEIJOO, 2023, p. 36; MORALES PRATS, 2023, pp. 900 s.

integra la vertiente conceptual del tipo de acción (lo que no quiere decir que lo que falta sea el *tipo penal*, porque la PJ ni siquiera realiza una acción en sentido jurídico penal)¹⁵¹.

En consecuencia, se comprenderá que, en mi opinión, procesalmente sea correcto decretar el sobreseimiento en la fase de *instrucción* por parte del juez en el marco de las facultades de las que este dispone en su función de filtro o depuración del procedimiento penal, cuando considere que no existen razones que justifiquen (*rectius*, cuando *decae todo el fundamento*) seguir adelante en la causa, sin que sea necesario diferir la referida evaluación al acto del juicio oral¹⁵². Cuestión diferente será determinar en qué *momento concreto* de la fase de instrucción debe declararse dicho sobreseimiento, cuestión procesal específica que excede de las pretensiones de este trabajo¹⁵³.

¹⁵¹ Con esta matización hay que leer los considerandos de la STS 154/2016: «*puesto que la exoneración se basa en la prueba de la existencia de herramientas de control idóneas y eficaces cuya ausencia integraría, por el contrario, el núcleo típico de la responsabilidad penal de la persona jurídica [...] por lo que a nuestro juicio la presencia de adecuados mecanismos de control lo que supone es la inexistencia de la infracción*», en atención a lo cual es obvia la conclusión de que «*lo que persigue esencialmente [scil., el Código Penal] no es otra cosa que posibilitar la pronta exoneración de esa responsabilidad de la persona jurídica, en evitación de mayores daños reputacionales para la entidad*». Por otra parte, no puedo compartir, obviamente, las afirmaciones del voto particular a esta sentencia en el que se rechaza que «la ausencia de medidas eficaces de prevención y control» constituya «el núcleo de la responsabilidad» de las PJ y en el que se califica esta ausencia como un mero «fundamento último», del mismo modo que «el fundamento último de la sanción penal de homicidio se encontraría en el respeto a la vida» (¿?). En otras palabras, no puedo aceptar esta incomprendible identificación entre «la ausencia de medidas eficaces de prevención y control» y algo análogo al bien jurídico protegido. En suma, en mi opinión, «la ausencia de medidas eficaces de prevención y control» no es un mero «fundamento último», sino el fundamento (o sustrato) material de la *infracción* (objetiva) de las PJ. Consecuentemente, tampoco puedo compartir con el voto particular de dicha sentencia (ni con alguna STS posterior, como la de 7-2-2019, pte. Varela Castro) la tesis de hacer recaer sobre la PJ la carga probatoria de que no hubo omisión de medidas eficaces de prevención de delitos. Por lo demás, recuérdese que, en todo caso, si se quiere hablar de un sedicente «fundamento último» de la RPPJ, este no puede ser otro (dicho de modo resumido) que el integrado por la *necesidad* de sanción punitiva tanto preventivo-general (el estado de cosas peligroso, favorecedor del hecho delictivo, realizado por la persona física es algo que debe ser prevenido de modo general) como preventivo especial (dicho estado constituye un foco de peligro que necesita una intervención inocuidadora o resocializadora). Cfr. SILVA, 2021, p. 312.

¹⁵² En este sentido vid. FEJJO, 2023, p. 36, n. 75. De otra opinión GÓMEZ CASALTA, 2021, epígrafe 5.

¹⁵³ Sobre esta cuestión vid. el interesante comentario de GÓMEZ-JARA, 2020, pp. 92 ss., donde analiza la decisión del citado Auto de 11-5-2017, del JCI n^o 4 de la AN, en el que el Instructor acuerda el sobreseimiento *durante* la fase de instrucción (contentándose con la existencia de medidas de compliance, pero sin pronunciarse sobre la vigencia de las medidas de prevención en el momento de los hechos), y la decisión del AAN (Sala de lo Penal, Sección 3^a) de 15-9-2017, en el que, revocando el Auto del Instructor, se señala que el momento procesal adecuado es aquel en el que se dicte el Auto de Apertura del Juicio Oral, momento en el que el *Juez Instructor* (y no, por tanto, el Juez de Enjuiciamiento) deberá valorar si procede, o no,

En suma, si la ausencia de medidas eficaces de prevención de delitos que da lugar al defecto estructural constituye el *fundamento o sustrato* de la RPPJ, el principio de presunción de inocencia¹⁵⁴ obliga a que la acusación corra con la carga de probar que la PJ no contaba con tales medidas¹⁵⁵.

Y conviene reiterar que esta conclusión guarda plena coherencia con el modelo dogmático que aquí propongo para sostener la RPPJ (modelo de responsabilidad por un hecho propio) y, en particular, con la naturaleza jurídica que atribuyo al elemento de la ausencia de las medidas de prevención eficaces dentro de la teoría jurídica de la infracción penal de la PJ (como elemento integrante del *fundamento o sustrato* de la infracción, al estilo de un tipo indiciario)¹⁵⁶.

abrir el juicio oral contra la PJ, a la vista de las concretas acusaciones que se viertan contra ella y a la vista de la vigencia, o no, de las medidas de prevención en el momento de los hechos.

¹⁵⁴ En la STS 221/16-3-2016 se establece de modo inequívoco: “que la persona jurídica es titular del derecho a la presunción de inocencia está fuera de dudas”. Vid. sobre ello FEJJO, 2016-a (2ª ed.), p. 131; GÓMEZ-JARA, 2020, pp. 76 s. y 87 ss.

¹⁵⁵ Sobre la necesidad de que la acusación pruebe en la fase de instrucción la existencia de indicios sobre un defecto “estructural” en los mecanismos de prevención y control, vid. las SsTS 154/2016, 29-2 y 221/2016, 16-3, y el Auto del TS de 11-5-2017, así como los comentarios de FEJJO, 2016-a (2ª ed.), pp. 132 s., y 2016-b, pp., 31 ss., y GÓMEZ-JARA, 2020, pp. 75 ss. y 92 ss. Cfr. en este sentido también ya anteriormente FEJJO, 2015, p. 99, quien añade como argumento la *voluntas legislatoris*, puesto que la versión definitiva de la reforma plasmada en la LO 1/2015 eliminó la referencia a la exigencia de prueba por parte de la PJ que se contenía en el Anteproyecto (exigencia de que la PJ probase la adopción de modelos de organización y gestión para quedar excluida de responsabilidad penal), en sintonía con la crítica que se había efectuado al respecto en los Dictámenes del CGPJ y del Consejo de Estado. Aquí reside mi discrepancia con SILVA (2020, p. v), según explico más abajo, dado que, para él, “la *defense* consistente en sostener que el estado de cosas peligroso de la persona jurídica está condicionadamente permitido —esto es, la afirmación de que la entidad cuenta con un programa *adecuado* de *compliance*— constituye, por tanto, una defensa afirmativa. La *defense* que afirma que el riesgo de la persona jurídica estaba permitido es, a su vez, una eximente vinculada a la existencia de unas disposiciones y procedimientos formales, a los que el Derecho positivo les atribuye la naturaleza de condiciones de la permisión del riesgo representado por la persona jurídica. Como tal defensa afirmativa, la prueba de la existencia de las condiciones (procedimentalizadas) de permisión del riesgo representado por la persona jurídica le corresponde a la defensa”. Eso sí, matiza este penalista que, para estimar esta prueba como suficiente debe recurrirse a un estándar probatorio más bajo, esto es, al de la “preponderancia de la evidencia” (más probabilidad que improbabilidad) y no al de “más allá de toda duda razonable”.

¹⁵⁶ Esa coherencia ha sido muy bien explicada por SILVA (2020, pp. iii-v), con independencia de que, según el modelo que él propone, pueda llegar (también coherentemente) a conclusiones parcialmente diferentes a las que aquí propongo. En efecto, con respecto a dicha coherencia, escribe SILVA que, a diferencia de lo que sucede en el ámbito de un modelo vicarial (en el que el programa de *compliance*, configurado necesariamente como una *eximente*, constituye una defensa afirmativa, en el sentido de que corresponde al acusado su prueba), en el marco intelectual de los modelos de atribución de responsabilidad por el hecho propio de la PJ (modelos de autorresponsabilidad) parece razonable considerar que el programa de *compliance* posee la función de excluir el propio “hecho delictivo” de la PJ, en virtud de lo cual la alegación de la

Por lo demás, ni que decir tiene que también corresponde a la acusación la prueba de que concurren los restantes elementos del tipo indiciario de la infracción penal de la PJ, como son los vínculos entre la PJ y el hecho delictivo de la persona física que requiere explícitamente la ley¹⁵⁷, a saber: que se realizó un delito por parte de una persona física en nombre o por cuenta de la PJ y en su beneficio, y que esa persona física era alguno de los sujetos descritos en las letras a) y b) del apartado 1 del art. 31 bis.

En cambio, en el supuesto de que se hubiesen acreditado todos los elementos indicados (la ausencia de medidas eficaces para la prevención de delitos y la comisión de un hecho delictivo en nombre y en beneficio de la PJ por parte de alguno de sus integrantes), corresponde a la defensa¹⁵⁸ la prueba de que no existe conexión de riesgo en el caso concreto entre el delito realizado por la persona física integrante de la PJ y el defecto estructural derivado de la ausencia de dichas medidas.

Repárese en que en este supuesto concurre el fundamento (el tipo indiciario o vertiente fáctica) de la infracción penal de la PJ (ya probado por la acusación) y, por ende, existe un riesgo *ex ante* de que se realice un delito por parte de una persona física en nombre y en beneficio de la PJ. Por tanto, de lo que se trata ahora es de averiguar si, pese a existir ese riesgo *ex ante*, cabe afirmar que *ex post* no se materializó en la realización del delito de la persona física, al no poder demostrarse una conexión de riesgo entre la omisión de medidas y el delito efectivamente cometido, esto es, se trata de dilucidar si a la postre existió un riesgo permitido capaz de excluir la dimensión valorativa de la infracción penal de la PJ. Pues bien, a mi juicio, una justa distribución de cargas conduce

existencia del programa constituiría una defensa negativa: sería la acusación la que correría con la carga de la prueba de esa *offense* más allá de toda duda razonable. En el seno de este modelo únicamente cabría sostener una defensa afirmativa en el caso de que el programa se considerase una *excuse* (una causa de exculpación), algo que aquí he descartado. Sobre la referida coherencia vid. también BOLDOVA, 2022, pp. 18 ss. y 32, quien de forma congruente con sus premisas, partiendo de que no existe un hecho propio de la PJ, sostiene que corresponde a la defensa la prueba de la existencia de un programa de cumplimiento eficaz.

¹⁵⁷ Con relación a estos elementos se manifiesta en el mismo sentido también SILVA, 2020, p. V. En la jurisprudencia vid. también en este sentido la STS 123/2019, de 8-3 (P. Colmenero), y el comentario de GÓMEZ-JARA, 2020, pp. 185 ss.

¹⁵⁸ En la citada STS 8-3-2019 se reconoce, desde luego, el derecho de defensa de la PJ a discutir la acreditación fáctica y jurídica de la realización del hecho delictivo por parte de la persona física. Lo que no queda claro es si la conexión de riesgo entre la omisión de medidas de la PJ y la realización del hecho delictivo de la persona física corresponde a la acusación o a la PJ. En opinión de GÓMEZ-JARA (2020, p. 227) del razonamiento de la Sentencia parece colegirse que es tarea de la acusación aportar la prueba de cargo necesaria para acreditar que el delito de la persona física se habría podido evitar con la adopción de las medidas preventivas que la PJ había omitido.

a atribuir a la PJ la prueba de que el resultado no era objetivamente imputable a la omisión de medidas de prevención.

Esta distinción que propongo a efectos de una justa distribución de cargas guarda similitud con la *solución integradora (o propuesta reconciliadora)* preconizada por GÓMEZ-JARA, aunque no es idéntica, dada la diferente naturaleza dogmática que aquí atribuyo a los elementos de la infracción penal de la PJ y, en particular, a las denominadas “eximentes”. Con todo, entiendo que podemos llegar a conclusiones próximas¹⁵⁹.

Asimismo, la distinción que propongo a efectos de una justa distribución de cargas no coincide tampoco plenamente con la preconizada por SILVA, por más que este penalista efectúe también una distinción básica entre dos elementos, al primero de los cuales corresponde una defensa negativa y al segundo, una defensa afirmativa. En efecto, según indiqué anteriormente, la discrepancia con SILVA se deriva de la diferente comprensión del elemento básico, que para él consiste en un estado de cosas peligroso *desvinculado* de la ausencia de medidas de prevención de delitos, mientras que para mí tal estado de cosas peligroso únicamente existe cuando concurre dicha ausencia de medidas, en tanto que presupuesto o sustrato de la infracción¹⁶⁰.

¹⁵⁹ En efecto, GÓMEZ-JARA (2019, pp. 100 ss.) parte también de una distinción a efectos de la distribución de cargas: por un lado, la carga probatoria sobre la existencia del “injusto” o el “tipo” de la infracción penal de la PJ correspondería a la acusación; por otro lado, la carga probatoria de lo que él denomina “culpabilidad” o “eximente” correspondería a la defensa. Esta distinción es coherente con la previa diferenciación que este penalista efectúa (pero que yo no acojo) entre las medidas de control referidas a los hechos concretos (delito concreto objeto de imputación) y el funcionamiento del sistema de gestión de *Compliance* penal (modelo organizativo de organización y gestión de delitos). Así las cosas, correspondería a la acusación la prueba de la falta de idoneidad de las medidas de control respecto del delito concreto que se imputa a la PJ sobre la base de los hechos concretos objeto de acusación. En cambio, correspondería a la defensa la prueba de que, pese a que las referidas medidas no eran idóneas para considerar que se opera en el ámbito del riesgo permitido, la PJ gozaba de una adecuada cultura de cumplimiento de la legalidad y que es merecedora de una exención penal. Repárese en que, con arreglo a lo que aquí he apuntado en el texto, puedo compartir con este penalista la idea de atribuir a la acusación la carga de probar la falta de idoneidad de las medidas eficaces de control de delitos, y puedo compartir también la idea de que, una vez constatada esa falta de idoneidad, la alegación de una posible exención de responsabilidad tiene que corresponder a la defensa. La discrepancia reside, pues, únicamente en que, desde mi punto de vista, esa posible exención solo podría basarse en la ausencia de conexión de riesgo entre la omisión de las medidas y el hecho penalmente típico realizado por la persona física, dado que la cultura de cumplimiento de la legalidad no desempeña función autónoma alguna en la estructura de la infracción penal de la PJ, una vez que ha quedado demostrada ya la ausencia de medidas eficaces de prevención de delitos.

¹⁶⁰ Vid. SILVA, 2020, p. 5, donde efectúa una distinción básica entre dos supuestos. Por un lado, entiendo que el estado de cosas peligroso de favorecimiento de delitos de los integrantes de la entidad es, ciertamente, un elemento positivo suprallegal fundamentador de la RPPJ (que

Expuesta mi posición en los términos que se acaban de señalar con la distribución de cargas apuntada, merece la pena destacar, en fin, que, incluso partiendo de un modelo mixto que acoge como punto de partida el aspecto vicarial o modelo de la transferencia, se llega a proponer también una distribución de cargas entre acusación y defensa, por más que los términos de esa distribución no sean coincidentes.

Así sirva de ejemplo la propuesta de GÓMEZ CASALTA, para quien 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 PJ (no la prueba de la idoneidad de las medidas de vigilancia y control genéricas para delitos de la misma naturaleza) correspondería a la acusación; por el contrario, 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) correspondería a la defensa. Con respecto a esta posición, no deja de ser curioso que —justamente a la inversa de lo que aquí mantengo— se atribuya a la defensa la prueba de la idoneidad de las medidas de vigilancia y control genéricas para delitos de la misma naturaleza y que, en cambio, se atribuya a la acusación 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 PJ.

estructuralmente resulta próximo a la apreciación en ella de una participación objetiva). La existencia de ese estado de cosas peligroso tiene que ser probada por la acusación más allá de toda duda razonable, al igual que los demás vínculos entre el hecho delictivo individual y la persona jurídica que requiere explícitamente la ley; por ende, la defensa en cuya virtud se sostiene que no había tal estado de riesgo es una “defensa negativa”. Ahora bien, a diferencia de la tesis que aquí propugno, esa defensa, consistente en alegar que no existe el estado de cosas peligroso, no está vinculada a sostener la existencia de un procedimiento estandarizado de prevención de delitos. Puede darse, por tanto, al margen de la existencia del *compliance* y de sus requisitos. Por otro lado, entiende que, siempre que exista tal estado peligroso de favorecimiento y los demás vínculos legalmente requeridos, todavía hay otro elemento que debe tomarse en consideración para decidir sobre la RPPJ. Este es un elemento consistente en que el riesgo existente sea precisamente un riesgo “no permitido” (por ausencia de un programa adecuado de *compliance*), y, dado que el elemento está descrito negativamente, la negación de su concurrencia conlleva lógicamente una afirmación (negación x negación = afirmación). En definitiva, la *defense* consistente en sostener que el estado de cosas peligroso de la PJ está condicionadamente permitido —esto es, la afirmación de que la entidad cuenta con un programa *adecuado* de *compliance*— constituye, por tanto, una defensa afirmativa. Repárese en que, en punto a esta segunda vertiente, hay una coincidencia sustancial con la solución que aquí mantengo, puesto que lo relevante es que (una vez constatado el estado de cosas peligroso o, a mi juicio, la omisión de medidas eficaces de prevención de delito) existe en todo caso un segundo elemento restrictivo en la infracción penal de la PJ, integrado por el riesgo permitido, cuya prueba corresponde a la defensa.

**IV. EL RESULTADO IMPUTABLE OBJETIVAMENTE
A LA OMISIÓN (EL HECHO DE CONEXIÓN
POSTERIOR) ART. 31 BIS-1**

4.1. Naturaleza jurídica. A la vez: presupuesto indiciario (a efectos procesales), resultado típico (desde la perspectiva objetiva) y condición objetiva de punibilidad (desde la perspectiva subjetiva)

Una vez que se ha acreditado el presupuesto (fundamento o sustrato) que acabo de describir en el epígrafe III.3.1., la RPPJ se supedita a la concurrencia de un segundo elemento, a saber, la *comisión* de un *hecho penalmente típico* por parte de alguna de las personas físicas enumeradas en el apartado 1 del art. 31 bis y en las condiciones descritas en él. Un hecho que, según vengo indicando, usualmente es conocido como “hecho de conexión”.

Vaya por delante una aclaración sobre la triple naturaleza jurídica que *prima facie* le otorgo a este elemento, una aclaración que se desprende de lo que ya expuse en epígrafes anteriores y que resumo a continuación.

El *hecho de conexión* puede ser adjetivado de tres formas diferentes, en la medida en que se parta de tres perspectivas distintas.

La calificación de (algo *parecido* a un) *presupuesto indiciario* responde a un punto de vista puramente procesal, en el sentido de que el juez únicamente podrá (y deberá) iniciar diligencias penales con respecto a la *infracción* penal de la PJ cuando se hubiese realizado el hecho de conexión, y sin que ello prejuzgue en forma alguna la naturaleza dogmática, jurídico-penal, de este elemento. Como ya expliqué, la infracción penal de la PJ no admite el castigo de la tentativa, por lo que, si no concurre el hecho de conexión, no existe responsabilidad penal alguna para la PJ, por más que esta no haya adoptado las medidas eficaces de prevención de delitos contenidas en los apartados 2 a 5 del art. 31 bis.

La calificación de algo funcionalmente equivalente a un *resultado*¹⁶¹

¹⁶¹ Eso sí, en rigor, la calificación que no puede dársele es la de *resultado material*, en el sentido que se predica de los hechos delictivos realizados por las personas físicas. Y ello por tres razones. En primer lugar, porque el resultado material exige una *previa acción* realizada por el sujeto. En efecto, en los hechos delictivos individuales debe existir una auténtica relación de *causalidad* (o *causación* en el terminología de la concepción significativa del delito) entre acción y resultado, relación que no cabe establecer en la conexión entre el déficit organizativo de la PJ y el hecho delictivo realizado por la persona física. De ahí que en nuestra doctrina se haya matizado que, en rigor, el déficit estructural de la PJ supone más bien una *influencia* en el hecho delictivo de la persona física mediante la creación de un riesgo jurídicamente desvalorado. Cfr. NIETO, 2013, p. 37; CIGÜELA, 2015, p. 313; vid. también GALÁN, 2017, p. 220, quien, si bien habla de un “nexo causal”, aclara que la PJ responderá por haber “contribuido” o “favorecido” la realización del delito de la persona física. Por lo demás, repárese en que, dado que estamos ante

obedece a una perspectiva estrictamente objetiva de la infracción penal de la PJ, basada en la doctrina de la imputación objetiva.

En fin, la calificación de algo funcionalmente equivalente a una *condición objetiva de punibilidad* atiende a una perspectiva subjetiva, en la medida en que la infracción penal de la PJ no requiere elemento subjetivo alguno.

De acuerdo con esta caracterización del hecho de conexión, cabría entonces extraer dos conclusiones para esclarecer debidamente la teoría jurídica de la infracción penal de la PJ con base en los conceptos jurídico-penales que utilizamos para la teoría del delito.

Por un lado, el hecho penalmente típico realizado por la persona física tiene que ser considerado, ciertamente, como una materialización del riesgo que precisamente se creó con la omisión de las medidas de prevención definidas en los apartados 2 a 5 y el consiguiente defecto estructural peligroso, según el modelo de la imputación *estrictamente* objetiva¹⁶², puesto que –como queda dicho– la implantación de las medidas legales idóneas de prevención de delitos excluye ya el presupuesto de la infracción penal de la PJ. Por tanto, el hecho de conexión podría ser calificado como un *resultado* que es *objetivamente* (en sentido estricto) imputable a una omisión, y, por ende, un elemento co-fundamentador de la infracción penal de la PJ¹⁶³.

una estructura de omisión más resultado, ni siquiera cabría hablar de causalidad propiamente dicha en referencia a la responsabilidad de las personas físicas en el ámbito de la empresa, sino de una cuasicausalidad, en virtud de lo cual lo que hay que exigir es que la omisión del sujeto (esto es, la no realización de la conducta debida) se incluya entre los factores que explican la producción del resultado (vid. , p. ej., PEÑARANDA, 2006, pp. 429 s.). En segundo lugar, porque en los tipos delictivos de resultado material la *tentativa* siempre es posible, mientras que en la *infracción penal* de la PJ (tipificada en el art. 31 bis) no cabe la tentativa. En tercer lugar, porque el resultado material debe ser abarcado por el dolo del sujeto o, en su caso, ser imputable a título de imprudencia, mientras que en la infracción de la PJ el hecho de conexión funciona (desde la perspectiva de la imputación subjetiva) como una condición objetiva de punibilidad, según explico a continuación en el texto.

¹⁶² Vid. lo dicho *supra* en los epígrafes II. 2.1.1. y III.3.1. (en lo referente a la necesidad de una reducción teleológica de la infracción).

¹⁶³ Empleo el vocablo “co-fundamentador” porque –según acabo de indicar– el presupuesto (o sea, la mera constatación de la omisión de medidas y el consiguiente estado de cosas peligroso) no comporta el nacimiento de responsabilidad penal alguna para la PJ. En una línea similar, vid. GALÁN, 2017, pp. 219 s., quien expresamente señala que la realización del delito de la persona física es “el verdadero resultado que completará el injusto corporativo”, dado que “delimita y determina el resultado que consumará el injusto (...) definiendo, por tanto, el desvalor de resultado que se necesita para poder castigarla (scil., la infracción penal de la PJ)”. Asimismo, rechaza que el delito del individuo pueda ser una mera condición objetiva de punibilidad, si bien reconoce a renglón seguido que la PJ “no domina” la producción de dicho delito (con lo que viene a coincidir implícitamente con lo que sostengo a continuación en el texto). Por lo demás, recuérdese que, precisamente por esta razón, el modelo que propongo se aparta del modelo de la pura autorresponsabilidad, desde el momento en que este último modelo descarta

Ahora bien, por otro lado, desde la perspectiva *de la imputación subjetiva* cabe matizar que, a diferencia de lo que sucede en la responsabilidad de las personas físicas, se trata de un resultado que no tiene que ser abarcado por el conocimiento del agente, en atención a lo cual puede afirmarse que, en realidad, el hecho de conexión funciona, al propio tiempo, como lo que en la teoría jurídica del delito de las personas físicas se conoce como *condición objetiva de punibilidad*¹⁶⁴: en efecto, para la infracción penal que lleva a cabo la PJ como sujeto activo, la realización del posterior hecho delictivo por parte de la persona física es una circunstancia futura e incierta, desvinculada de toda previsibilidad subjetiva¹⁶⁵, por más que tal hecho delictivo resulte imprescindible para afirmar la RPPJ.

Así las cosas, la consecuencia más relevante de este entendimiento estriba en que será perfectamente posible que la PJ no cuente con un modelo eficaz de prevención de delitos, y que, sin embargo, no llegue a ser responsable de la infracción penal contenida en el arts. 31 bis-1, pese a que se hubiese acreditado la realización de un delito por parte de la persona física en nombre y en beneficio de la PJ. Ello será posible, si no se hubiese podido demostrar que existía una conexión de riesgo entre la omisión y el resultado¹⁶⁶.

que el hecho de conexión pueda contribuir a fundamentar la infracción penal de la PJ y lo relega al papel de mero “presupuesto objetivo de la punibilidad”, como, p. ej., hace GÓMEZ-JARA, 2012, p. 129.

¹⁶⁴ Sobre el concepto, fundamento y función de las condiciones objetivas de punibilidad, vid. MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (MARTÍNEZ PÉREZ), 1989, pp. 29 ss. Además sobre los criterios de identificación vid. pp. 67 ss. Por lo demás, por lo que alcanzo a ver, esta comprensión del hecho de conexión había sido ya sugerida por SILVA (2016, pp. 676 s.), si bien de modo sucinto: “con respecto a dicho estado de cosas antijurídico, el inicio de la ejecución del delito por parte de la persona física constituiría una –aunque no la única– condición de ‘punibilidad’: su ‘resultado’”. Con todo, es posible hallar una somera referencia a la terminología de la (“de algún modo”) condición objetiva de punibilidad en otros autores, como BAJO/BACIGALUPO, 2010, 2ª ed., p. 70.

¹⁶⁵ Insisto en que la PJ carece de toda capacidad de previsibilidad subjetiva. Cuestión distinta es que valorásemos la materialización del riesgo creado con la omisión de las medidas idóneas de prevención desde el punto de vista de la persona física que, actuando en nombre de la PJ, incumplió el programa de prevención. Como ya indiqué más arriba, esta conducta es la que podría enjuiciarse con arreglo a un delito de peligro en la línea del art. 286 seis del Proyecto de 2013, pero un precepto semejante no existe en la actualidad en nuestro CP. Lo que sí cabe imaginar es que el autor del hecho delictivo de conexión del apartado 1 del art. 31 bis sea el mismo sujeto que, actuando como representante de la PJ, hubiese sido previamente el responsable de la omisión de las medidas idóneas de prevención; pero en tal caso, es obvio que no hay problema alguno para exigirle responsabilidad por el delito efectivamente realizado.

¹⁶⁶ En sentido similar se ha pronunciado FEJOO (2015 pp. 76 s. y *passim*): “carecen de relevancia aquellos defectos en materia de cumplimiento desvinculados del delito cometido por la persona física”; GÓMEZ-JARA, 2016-b, pp. 126 ss.; GALÁN (2017, pp. 2019 s.), quien alude a una “materialización efectiva en el concreto delito realizado” y considera además que

En esta línea de pensamiento cabe incluir asimismo a SILVA, quien plantea expresamente el caso en el que puede demostrarse que, aunque la PJ hubiese dispuesto de un modelo de prevención adecuado, no se habría conseguido evitar la comisión del concreto delito llevado a cabo por la persona física, un caso que, según este penalista, nos remite al supuesto del “comportamiento (aquí estado de cosas) alternativo conforme a Derecho”¹⁶⁷.

A mi juicio, tal paralelismo es evidente, pero efectuando algunas matizaciones. La primera es que, ciertamente, como reconoce el propio SILVA en el ámbito de las PJ no cabe hablar en rigor de un “comportamiento” (o sea, de una acción en el sentido de la teoría jurídica del delito), sino más bien de una especie de “estado de cosas”. La segunda es que, en todo caso, no cabe hablar aquí de momento *subjetivo* alguno, y, por ende, no es posible aludir a la infracción de un deber *personal* de cuidado. En efecto, en lo que se refiere a las personas físicas los casos de comportamiento alternativo conforme a Derecho tienen en cuenta el criterio del espectador medio ideal dotado de los conocimientos de la experiencia común pero agregando a ellos los especiales que eventualmente pudiera tener el sujeto que actúa¹⁶⁸. Por tanto, a la hora

el incremento del riesgo constituye el verdadero fundamento de la responsabilidad autónoma de la PJ; vid. asimismo CIGÜELA (2015, pp. 312 ss. y 376 s.), para quien debe existir una conexión objetiva relevante entre el peligro generado por el defecto estructural de la empresa (que supera el riesgo permitido) y el hecho delictivo de la persona física, en virtud de lo cual quedaría excluida la “tipicidad objetiva” cuando, habiéndose cometido un delito en el seno de la empresa y existiendo un defecto organizativo en ella, la acción delictiva no puede conectarse a ese déficit estructural. A una conclusión similar llega también BOLDOVA, 2022, pp. 27 s. y n. 71, a partir de sus premisas.

¹⁶⁷ Cfr. ya SILVA, 2016, p. 688, quien se limita a añadir que el debate existente en materia de imputación objetiva de las personas físicas puede trasladarse en su integridad al ámbito de las PJ, con las consabidas divergencias entre la doctrina del incremento del riesgo y la del comportamiento alternativo adecuado a Derecho en sentido estricto. Con posterioridad, merece destacarse el análisis específico que realiza SILVA en otro trabajo (2018, pp. 231 ss.), en el que (más allá del estudio del procedimiento concreto de implantación del modelo idóneo de organización y gestión del art. 31 bis CP) examina la razonabilidad de atribuir efecto eximente de responsabilidad a la existencia en una PJ de un modelo de prevención de delitos de características dadas, estudiando tal eximente tanto desde la perspectiva político-jurídica como desde la teoría general de las eximentes de responsabilidad y ofreciendo unos elementos para una dogmática de los modelos de prevención (trasladando algunos de los *topoi* asentados en la teoría del delito), sobre la base de la analogía estructural entre los modelos de prevención adecuados y la doctrina del riesgo jurídico-penalmente desaprobado (o, mejor, estado de cosas jurídicamente desaprobado) y la imputación objetiva del resultado (o, mejor, relación de sentido entre dicho estado de cosas desaprobado y la comisión del delito por parte de la persona física individual). Vid. además, para un análisis del *compliance* de detección como “eximente” supralegal para las personas jurídicas, SILVA, 2021, pp. 131 ss.

¹⁶⁸ Por ello no incluyo sistemáticamente este supuesto en la imputación estrictamente objetiva (en el tipo de acción, primera categoría del delito), sino en la imputación personal objetivo-

de determinar la exclusión de la imputación objetiva del resultado en el ámbito de la RPPJ, la demostración de que la implantación de un modelo adecuado de prevención no habría evitado¹⁶⁹ la comisión del concreto delito por parte de la persona física exigirá acudir a un criterio estrictamente objetivo conforme al estándar *normativo* previsto para la PJ en el seno del sector de actividad de que se trate (si es un sector regulado) o a los *usos* del sector de actividad correspondiente (si es un sector no regulado)¹⁷⁰.

Eso sí, en lo que cabe insistir es en que el déficit organizativo de la PJ debe vincularse al *concreto* hecho delictivo realizado por la persona física, por lo que no basta con una omisión de deberes empresariales en abstracto¹⁷¹.

Y, por supuesto, en modo alguno cabría sostener aquí que la realización de un delito por parte de la persona física pueda considerarse como un *indicio* para valorar que el modelo de prevención adoptado por la PJ *no era el adecuado*¹⁷², dado que –según expliqué más arriba– la adecuación de un modelo eficaz de prevención de delitos debe determinarse en virtud de un juicio *ex ante*, siendo irrelevante para la determinación de ese juicio *ex ante*¹⁷³ el dato de que *ex post* se constate la realización del delito de la persona física¹⁷⁴.

subjetiva (en la ilicitud, segunda categoría), Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, 2019, pp. 129 ss. y 138 ss.

¹⁶⁹ O, en su caso, “no habría hecho significativamente más difícil” la realización del hecho penalmente típico por parte de la persona física, si adoptamos la fórmula más laxa que sugieren otros penalistas, como, v. gr., CIGÜELA, 2015, p. 313 (en sintonía con el tenor literal de la regulación del art. 31 bis).

¹⁷⁰ Sobre la definición del estándar de adecuación del modelo de prevención, diferenciando sectores regulados y no regulados, algo no demasiado distinto de lo que sucede en general en Derecho penal a la hora de determinar el estándar de la imprudencia (objetiva), vid. por todos SILVA, 2016, pp. 685 s.

¹⁷¹ Vid., entre otros, ya FEIJOO, 2015, p. 77, quien aclara acertadamente que el juez no tiene que llevar a cabo una “revisión total” de toda la empresa y de sus políticas de cumplimiento de la legalidad. Vid. en sentido similar CIGÜELA, 2015, p. 313, y 2020, 5.2.; GÓMEZ-JARA, 2016-b, pp. 126 ss.; GALÁN, 2017, pp. 219 s.; BOLDOVA, 2022, p. 28; FERNÁNDEZ TERUELO, 2023, 2.2.3. Vid., sin embargo, NIETO, 2013, pp. 39 s. y 2023, pp. 21 ss.

¹⁷² Huelga aclarar que lo que expongo en el texto es compatible con la calificación del hecho de conexión como (algo *parecido* a un) *presupuesto indiciario*, a la que aludí al comienzo de este epígrafe, puesto que esta calificación iba referida a la idea de que el juez únicamente podrá (y deberá) iniciar diligencias penales con respecto a la *infracción* penal de la PJ, cuando se hubiese realizado un hecho penalmente típico por la persona física en nombre y en beneficio de la PJ. Por tanto, se trata simplemente de un indicio de que, al realizarse el delito de la persona física, “pudo haberse llevado a cabo también una infracción de la PJ”.

¹⁷³ Desde la perspectiva *ex post*, lo único que hay que averiguar es si el delito individual realizado en el caso concreto fue una materialización del riesgo generado en el contexto de la PJ. Vid. CIGÜELA, 2015, pp. 312 s.

¹⁷⁴ Vid. SILVA, 2016, pp. 687 s., criticando, con razón, que el denominado *sesgo retrospectivo*

Continuando con los paralelismos dogmáticos, cabría sostener –como ya apunté más arriba– que el hecho de conexión consistente en la realización de un hecho delictivo por parte de una persona física vendría a equivaler al requisito que se contenía en el delito del citado art. 286 seis del Proyecto de 2013, en el cual, además de la “omisión de la adopción de las medidas de vigilancia o control que resultan para evitar la infracción de deberes o conductas peligrosas tipificadas como delito” por parte del directivo, se requería que se diese “inicio a la ejecución de una de esas conductas ilícitas que habría sido evitada o, al menos, seriamente dificultada, si se hubiera empleado la diligencia debida”.

En resumen, la RPPJ únicamente surge cuando –constatada la omisión de las medidas idóneas de prevención como presupuesto– se ha realizado el denominado *hecho de conexión*. No existe responsabilidad penal alguna con la mera omisión de las medidas de prevención que genera el riesgo de comisión de delitos, a modo de una simple infracción penal peligro¹⁷⁵; una responsabilidad que –como señalé más arriba– tampoco existe para la persona física representante o integrante del órgano directivo de la PJ, ante la inexistencia en nuestro CP de un delito de peligro similar (o parecido) al que se proponía en el art. 286 seis del Proyecto de reforma del CP de 2013¹⁷⁶.

Por tal motivo cabe concluir que sin el hecho de conexión (concebido como hecho imputable objetivamente a la omisión de las medidas eficaces de prevención) no existe la necesaria *ofensividad* para que surja la infracción penal de la PJ (dimensión valorativa de la infracción)¹⁷⁷.

4.2. Peculiaridades de la imputación objetiva en el hecho de conexión incluido en la letra b) del art. 31 bis-2

Con respecto al hecho de conexión previsto en la letra b) del apartado 1 del art. 31 bis, hay que efectuar todavía una aclaración específica ulterior. Y es que en este caso el hecho penalmente típico tiene que haber sido realizado por una persona *subordinada* (según el tenor del precepto “por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior”) y ese hecho

distorsione los juicios *ex ante*, algo que –lamentablemente– es usual en la práctica procesal. En una línea similar, vid. BOLDOVA, 2022, p. 32, indicando que el hecho de conexión es “prueba” y no “presunción *iuris tantum*” de la existencia de un defecto de organización.

¹⁷⁵ Vid. con claridad BOLDOVA, 2022, p. 29

¹⁷⁶ Haciéndose eco de ello vid. también BOLDOVA, 2022, p. 29, n. 77.

¹⁷⁷ En sentido similar, vid. CIGÜELA, 2015, p. 377: el injusto estructural de la PJ, “en tanto por sí mismo no cumple los requisitos de lesividad, sólo es perseguible cuando se materializa en injustos personales de los miembros de la empresa”; vid. más recientemente, 2020, 5.2.

(caracterizado como un *resultado*) debe poder vincularse mediante una conexión de imputación objetiva a *dos diferentes omisiones* de medidas eficaces de prevención de delitos.

En primer lugar, el resultado debe poder vincularse a la omisión atribuible a *la propia PJ*, a tenor de lo dispuesto en el apartado 4 del art. 31 bis, que alude a un modelo de organización y de gestión que resulte adecuado para prevenir delitos cometidos por los subordinados de la empresa. Por tanto, se trata de una omisión de medidas que habrían podido evitar (o reducir de forma significativa el peligro de) la comisión de delitos por parte de los subordinados, incluyendo las medidas específicas que habrían podido evitar que los directivos descritos en la letra a) de apartado 1 incumpliesen a su vez los deberes personales de vigilancia que les incumben.

En segundo lugar, el resultado debe poder vincularse además a la omisión de medidas de prevención que hay que atribuir a los mencionados directivos (hecho propio de estas personas físicas) con respecto a la realización del hecho penalmente típico por parte del subordinado (hecho propio de esta persona física). Se trata de una omisión que, en concreto, consiste en “el incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control” que les incumben a los representantes y directivos de la PJ con respecto a “la actividad” de los empleados “sometidos a su autoridad”, “atendidas las concretas circunstancias del caso” (art. 31 bis-1-b).

En lo que atañe a esta segunda omisión hay que recordar que la redacción de la letra b) fue modificada en la reforma de 2015, en lo concerniente a la caracterización del presupuesto: en efecto, a diferencia del texto de 2010, en el que el legislador se limitaba a indicar que dicho presupuesto residía en “no haberse ejercido sobre ellos (scil. los subordinados) el debido control”, el texto de 2015 requiere expresamente que sea alguna de las personas físicas -ahora más ampliamente descritas- situadas en el primer nivel (a saber, “representantes legales” y personas con poder de decidir o de ejercer control, con o sin poder de mando y capacidad directiva; en concreto personas “autorizadas para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica” o personas que “ostentan facultades de organización y control dentro de la misma”) la que haya «incumplido gravemente» el deber de controlar la actividad del subordinado. Indudablemente, esta modificación realizada en 2015 supone una significativa reducción del ámbito de la intervención penal, y no solo porque el incumplimiento del deber de control ha de ser “grave”, sino también porque la nueva redacción permite concluir

ahora claramente¹⁷⁸ que dicho incumplimiento ha de atribuirse a las personas físicas descritas en la letra a) del apartado 1 del art. 31 bis, dado que antes el legislador utilizaba la forma impersonal del verbo sin especificar sujeto alguno (“han podido realizar los hechos *por no haberse ejercido sobre ellos* el debido control”), mientras que ahora se especifica que “han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente *por aquéllos* (scil., las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior) los deberes de supervisión, vigilancia y control”¹⁷⁹.

Lo que sigue sin resolver la redacción actual es el nivel que tiene que ocupar el subordinado en el seno de la PJ para que el hecho penalmente típico cometido por él pueda originar una responsabilidad de ésta, de tal manera que surge la duda de si el subordinado debe ser un inferior jerárquico directo de los sujetos descritos en el primer nivel o si puede estar situado en niveles jerárquicos subsiguientes, una duda que se había suscitado ya también antes de la reforma de 2015: la primera interpretación puede ofrecer el argumento de tratarse de una (deseable) exégesis más restrictiva; sin embargo, la segunda cuenta con el aval del argumento sistemático, derivado del tenor literal del

¹⁷⁸ Desde la introducción del art. 31 bis en 2010, la doctrina especializada había venido criticando que el precepto no aclarase qué sujetos eran los que deberían haber ejercido el “debido control”, esto es, no especificase el círculo de garantes de supervisión de la conducta del subordinado. La reforma de 2015 vino, pues, a atender tales críticas. Por otra parte, la doctrina había venido llamando la atención también acerca de la ambigüedad de la fórmula empleada por el legislador al describir esta segunda vía, que recordaba los conceptos de reproche *in vigilando* o *in eligendo*, acuñados para establecer la responsabilidad civil extracontractual *ex art. 1902* del Código civil (cfr. MORALES PRATS, 2010, 55; vid. también CARBONELL/MORALES, 2010, 72 s., quienes añaden que dicha fórmula se hallaba muy próxima a la imprudencia y que, dado que el sistema de *numerus clausus* rige tanto para la responsabilidad de las personas jurídicas cuanto para la imprudencia, una de dos, o hay una clara vulneración del principio de culpabilidad o la “responsabilidad por culpa” de las personas jurídicas es inviable en la mayoría de las ocasiones).

¹⁷⁹ Vid. GONZÁLEZ CUSSAC, 2015, pp. 169 ss., y 2020, pp. 147 s. quien añade acertadamente que los *programas de cumplimiento* (recogidos en los nuevos apartados 2 a 5 del art. 31 bis) se erigen entonces en criterio esencial para evaluar la medida de infracción de los deberes de control, vigilancia y supervisión de las personas físicas descritas. Vid. también ya FEIJOO 2015, pp. 86 ss., subrayando que el delito del subordinado tiene que ser una concreción de la infracción de los deberes enumerados y que, a tal efecto, los criterios desarrollados para la imputación objetiva del resultado en el ámbito del delito imprudente se pueden trasladar *mutatis mutandis* a estos supuestos, y añadiendo en particular, correctamente, que en el caso de la *imputación objetiva* entre la omisión del directivo y la conducta del subordinado no basta con el mero incremento del riesgo (esto es, que el cumplimiento del deber hubiese *dificultado* la realización del delito por parte de la persona física, como, por cierto, se requería en el delito del art. 286 seis del Proyecto de 2010), sino que debe acreditarse –con la probabilidad rayana en la certeza– que se hubiera impedido. Vid. además GALÁN, 2017, pp. 159 ss., DOPICO, 2018, pp. 142 ss. Por lo que respecta a la doctrina jurisprudencial, vid. MAGRO SERVET, 2020 y 2023, con indicación de las principales sentencias dictadas por nuestro TS.

art. 66 bis 1^a c)¹⁸⁰.

En cambio, lo que sí se prevé expresamente en el precepto (y se preveía también en la redacción primigenia) es la necesidad de acreditar que, de haberse llevado a cabo, el debido control habría impedido realizar el hecho delictivo del subordinado (“han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquellos los deberes de ...”), lo que implica que la mera omisión del debido control no es condición suficiente por sí misma para la imputación del resultado: el precepto plasma, por tanto, explícitamente el requisito de la causalidad (o imputación objetiva) del resultado en los delitos de comisión por omisión¹⁸¹.

4.3. Requisitos del hecho de conexión

4.3.1. Introducción: la regulación legal

La caracterización del hecho de conexión definido en el apartado 1 del art. 31 bis en los términos ya examinados en los epígrafes anteriores debe ser completada con lo dispuesto en el primer inciso del apartado 1 del art. 31 ter: “la responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella”.

Además, la caracterización del hecho de conexión debe ser también completada con lo dispuesto en el apartado 2 del art. 31 ter: “la concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente”¹⁸².

¹⁸⁰ Sobre esta cuestión vid. SILVA 2013, 22 s.; GÓMEZ TOMILLO 2010, pp. 79 ss.; GALÁN, 2017, p. 162, n. 236.

¹⁸¹ Cfr. ya SILVA 2013, p. 22. En general, sobre la imputación de omisiones a las personas jurídicas vid. además ya GÓMEZ TOMILLO 2010, pp. 89 ss. Por lo demás, la STS 221/2016 subraya la inclusión del adverbio “gravemente”, aclarando que “los incumplimientos menos graves o leves quedan extramuros de la responsabilidad penal de los entes colectivos”.

¹⁸² Según indiqué anteriormente, este precepto viene a recalcar la independencia de la RPPJ. Cfr. ya MORALES, 2010, 55, subrayando que esta disposición sella todavía con más claridad la referida independencia y ofrece un estatuto emancipado de responsabilidad penal para la persona jurídica. Vid. además, entre otros, DOPICO, 2018, p. 133; GONZÁLEZ CUSSAC, 2020, pp. 154 s.

A la vista de la regulación contenida en los arts. 31 bis-1, de un lado, y 31 ter-1-inciso primero y 31 ter-2, de otro, estamos en condiciones de analizar algunos de los requisitos que debe reunir el hecho de conexión para que se pueda llegar a entender que concurre el segundo elemento de la infracción penal de la PJ.

4.3.2. Los requisitos incluidos en el art. 31 bis-1: delitos cometidos “en nombre o por cuenta de” la PJ y “en su beneficio directo o indirecto”

Un proceder metodológico correcto obliga a comenzar el análisis por los requisitos incluidos en el apartado 1 del art. 31 bis y, en concreto, por la exigencia de que los delitos que debe llevar a cabo la persona física tienen que ser cometidos “en nombre o por cuenta” de la PJ y “en su beneficio directo o indirecto”. La razón estriba en que el significado que se le otorgue a tales requisitos incidirá en la interpretación de algunas de las ulteriores características que ha de reunir el hecho de conexión.

La inclusión de la locución preposicional “por cuenta de”, añadida a “en nombre de”, no tiene mucho sentido en el ámbito del art. 31 bis-1, porque significa “en nombre de alguien o algo, o a su costo”. Y repárese además en que en el caso de la letra b) del art. 31 bis 1, solo se emplea esa locución y no la locución “en nombre de”¹⁸³.

Por tanto, el significado de dicha expresión en la letra a) del art. 31 bis-1 nos aboca a las siguientes conclusiones: o bien la locución es completamente superflua (porque equivaldría a “en nombre de”) o, sencillamente, no tiene sentido (porque, en rigor lingüístico, el directivo o empleado nunca cometerán el delito “a costa de” o “a cargo de” la PJ). De ahí que, de *lege ferenda* el legislador debería suprimir dicha locución y emplear otra que exprese que lo decisivo, a los efectos de constituir un *hecho de conexión*, es que el empleado cometa un hecho delictivo en el ejercicio de la actividad profesional propia de la PJ para la que trabaja, esto es, una *relación funcional*¹⁸⁴ de la persona física

¹⁸³ La opinión dominante entiende, asimismo, que no hay diferencia entre ambas expresiones. Vid. por todos FEJOO, 2015, p. 92 n. 11 Sin embargo, algunos autores han tratado de ofrecer un sentido diferente a ambas expresiones, pese a que tal sedicente diferencia no encuentre apoyo alguno en el Diccionario de la RAE. Así, p. ej., GÓMEZ TOMILLO (2014, pp. 568 s.) apunta que “en nombre de” se refiere a los casos en que la persona física actúa, u omite hacerlo, dentro de lo que es su competencia aparente; por su parte, “por cuenta de” supone una actuación dentro de lo que es realmente su ámbito competencial, o sea, “supone que el sujeto se encontraba formalmente habilitado para actuar, u omitir hacerlo, como lo hizo”; vid. además, entre otros, DÍEZ RIPOLLÉS, 2012, p. 21; GONZÁLEZ CUSSAC, 2020, pp. 136 ss., quien sugiere interpretar “en nombre de” en su sentido técnico jurídico-mercantil, mientras que “por cuenta de” poseería un carácter predominantemente material.

¹⁸⁴ Así, vid. FEJOO, 2023, p. 59, con ulteriores y atinadas precisiones.

que realiza el hecho penalmente típico con la PJ. Con todo, creo que bastaría incluso con suprimir la referida locución: así, desde luego, sucedería en el caso de la letra b), puesto que en este precepto ya se indica que el delito debe cometerse “en el ejercicio de actividades sociales” y “en beneficio directo o indirecto de las mismas”, y además ya sabemos que de lo dispuesto en el apartado 2 se infiere que, si el hecho delictivo pudo ser cometido, fue porque la PJ incumplió las medidas idóneas de prevención que, de haber sido adoptadas, habrían conjurado el riesgo de realización del delito; por su parte, en el caso de la letra a) ya es suficiente con que el directivo (que “está autorizado para tomar decisiones en nombre de” la PJ u “ostenta facultades de organización y control”) cometa el hecho delictivo “en nombre de” y “en beneficio de” la PJ.

En fin, es obvio que, en cualquier caso, dichas locuciones tienen que ser concebidas en un sentido objetivo, y no subjetivo (denotativo de una motivación del sujeto)¹⁸⁵.

En lo que atañe a la expresión “en su beneficio directo o indirecto”, también se suscitan diversos interrogantes.

Ante todo, se ha discutido también si tal expresión debe ser interpretada desde una perspectiva subjetiva (esto es, como un elemento subjetivo del tipo) o desde una objetiva (sea como un resultado lesivo, sea como una aptitud lesiva).

Desde luego, y por lo pronto, a mi juicio algo está muy claro: la referida expresión no puede entenderse en sentido subjetivo, en atención a las razones que expuse ampliamente en otros trabajos con respecto a todos los elementos cuya descripción va precedida de la preposición “en”¹⁸⁶. Pero, además, aun admitiendo como mera hipótesis de trabajo que esta preposición pudiera denotar gramaticalmente un significado subjetivo, tal significado carecería de sentido en el marco de la RPPJ en nuestro CP, dado que el art. 31 ter admite que la persona física responsable no tiene por qué haber sido individualizada.

Asumiendo, pues, que la expresión debe ser interpretada desde un

¹⁸⁵ Por lo que alcanzo a ver, esta es la posición mayoritaria. Vid. por todos GONZÁLEZ CUSSAC, 2020, p. 138, FEJOO, 2023, p. 59. Vid., en cambio, DÍEZ RIPOLLÉS, 2012, pp. 20 s., quien considera que las locuciones “en nombre de” y “por cuenta de” constituyen elementos subjetivos de tendencia.

¹⁸⁶ Vid., especialmente, tales razones en MARTÍNEZ-BUJÁN, 2021, pp. 284 ss. En igual sentido se han pronunciado otros penalistas, como FEJOO (2015, pp. 96 s., y 2023, p. 58), quien descarta explícitamente que pueda ser un elemento subjetivo; GONZÁLEZ CUSSAC, 2020, p. 142. Vid. además DÍEZ RIPOLLÉS, 2012, pp. 20 s., quien califica la expresión “en provecho de” como una “cualidad de la acción”, y no como un “elemento subjetivo del injusto”, pese a que —como ya indiqué— considera que las locuciones “en nombre de” y “por cuenta de” constituyen elementos subjetivos de tendencia.

punto de vista objetivo, esta perspectiva nos ofrece dos posibilidades hermenéuticas: entender que el delito realizado por la persona física debe comportar el logro de un efectivo beneficio para la PJ; o bien entender que basta con que dicho delito lleve aparejada una aptitud o idoneidad para conseguir un beneficio en el futuro (de modo equivalente a lo que sucede en los denominados delitos de aptitud para la producción de un daño), lo cual me parece preferible por diversas y convincentes razones ya apuntadas en la doctrina especializada¹⁸⁷. Este entendimiento implica, en concreto, que el juez se limitará a valorar, desde una perspectiva *ex ante*, la idoneidad del comportamiento del integrante de la PJ para contribuir a las finalidades que guían la actividad de un determinado ente colectivo¹⁸⁸. Y tal entendimiento es coherente con el alcance que, en mi opinión, debe otorgarse al calificativo de “indirecto” que (al lado del “directo”) se predica del beneficio, esto es, interpretar que la infracción penal de la PJ existe tanto si el logro del beneficio formó parte del propósito perseguido por la persona física (beneficio directo), como si esta obró movida por otras finalidades ajenas a la PJ (p. ej., obtención de un lucro personal) pero con la particularidad de que su actuación resultó a la postre objetivamente apta para generar algún tipo de beneficio para el ente colectivo¹⁸⁹. Y, por supuesto, esta caracterización del vocablo “indirecto” no implica dejar fuera del ámbito del hecho de conexión aptitudes tales como, v. gr., ahorrar costes a la empresa o mejorar su imagen, dado que estas quedan ya englobadas en la idoneidad para generar *directamente* un beneficio¹⁹⁰; aptitudes que otros penalistas incluyen también en la órbita del precepto, si bien por la vía de entender que quedarían integradas en el concepto de beneficio *indirecto*¹⁹¹.

Por lo demás, recuérdese que, para que se entienda que la persona física actúa en nombre o por cuenta de la empresa y en su beneficio, el hecho delictivo de la persona física habrá de surgir en la *esfera*

¹⁸⁷ En este segundo sentido, refiriéndose a la expresión “en provecho de”, vid. ya GÓMEZ TOMILLO, 2010, p. 86 (y, posteriormente, 2014, p. 570). Adhiriéndose a ello, vid. ya la Circular de la FGE 1/2009, p. 43. Vid. además ZUGALDÍA, 2010, p. 3; FEJJO, 2011, p. 99. Ya sobre la expresión “en beneficio de”, vid. por todos FEJJO, 2015, p. 97 y bibliografía citada, y 2023, p. 58 y n. 117; RAGUÉS, 2017, pp. 112 ss. y 153, y 2023, p. 1629: “aptitud del hecho delictivo para contribuir a las finalidades de la persona jurídica”, FERNÁNDEZ TERUELO, 2023, 2.1.2.c. También la Circular FGE 1/2016 (apartado 2.4), citando la previa Circular 1/2011, alude a “una objetiva tendencia de la acción a conseguir el provecho, que conlleva la constatación de la idoneidad *ex ante* de la conducta...”.

¹⁸⁸ Cfr., así, RAGUÉS, 2017, p. 112.

¹⁸⁹ Cfr., así, RAGUÉS, 2017, p. 116; vid. también GONZÁLEZ CUSSAC, 2020, p. 141.

¹⁹⁰ Cfr. RAGUÉS, 2017, p. 117.

¹⁹¹ Así, vid., p. ej., FEJJO, 2016, pp. 82 s.; GONZÁLEZ CUSSAC, 2020, p. 141; FERNÁNDEZ TERUELO, 2023, 2.1.2.d.

organizativa de la empresa, lo cual excluye no sólo los hechos *ajenos* a esa esfera, sino también los hechos de *exceso* o *extralimitación* del integrante de la PJ¹⁹², si bien todavía quedaría por concretar cuál es el grado de extralimitación que permitiría excluir la RPPJ. Eso sí, parece que debería bastar con que el hecho delictivo se hubiese cometido “con ocasión” del ejercicio de actividades organizativas de la empresa¹⁹³.

En cualquier caso, comparto la idea de que, de *lege ferenda*, “seguramente sería una buena decisión legislativa” suprimir el requisito típico de “la actuación en beneficio” de la PJ, sobre todo si se asume que el modelo acogido por nuestro CP es, básicamente, uno de autor-responsabilidad y si se tiene en cuenta –entre otras razones– que cabe imaginar conductas muy lesivas que, sin embargo, no sean aptas para generar provecho alguno¹⁹⁴.

Téngase en cuenta, en fin, que estos requisitos son criterios a los que el legislador recurre para caracterizar un *hecho propio* de la PJ¹⁹⁵.

4.3.3. Los requisitos incluidos en el art. 31 ter

4.3.3.1 Introducción

No se suscitan especiales dificultades interpretativas en lo que concierne a los aspectos procesales y a los relativos a la teoría de la pena. Dado el inequívoco tenor literal del art. 31 ter, es obvio que si “no hubiese sido posible dirigir el procedimiento contra la persona física responsable”, o si esta “se hubiese sustraído a la acción de la justicia” o, en fin, “si hubiese fallecido”, la responsabilidad penal de la PJ “será siempre exigible” y “no excluirá ni modificará” dicha responsabilidad¹⁹⁶.

Tampoco plantea problema de comprensión el requisito de que la RPPJ será siempre exigible “aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada”¹⁹⁷.

¹⁹² Vid. por todos CIGÜELA, 2015, pp. 311 s.

¹⁹³ A favor de esta exégesis amplia, vid. FEIJOO, 2015, p. 92.

¹⁹⁴ Vid. por todos RAGUÉS, 2017, pp. 152 ss., recordando que esta propuesta de eliminación había sido ya apuntada por NIETO con anterioridad a la introducción de la RPPJ en nuestro CP

¹⁹⁵ Vid. FEIJOO, 2023, p. 57, subrayando que no *fundamentan* directamente la RPPJ, pero se integran en el fundamento general de esta.

¹⁹⁶ Todo ello sin perjuicio de que quepa la posibilidad de aplicar alguna de las atenuantes post-ejecutivas previstas en el art. 31 quater, basadas en las ideas del arrepentimiento y la reparación. Sobre estas atenuantes, vid. por todos, especialmente, GOENA, 2017, pp. 216 ss.; FARALDO, 2019, pp. 159 ss.

¹⁹⁷ En la propuesta de *lege ferenda* elaborada por NIETO (2008, pp. 328 s.) ya se incluía un precepto (art. 4-1 y 3) relativo a la independencia de la responsabilidad de las personas física y jurídica, en el que se indicaba que la RPPJ “subsiste aun cuando (...) ningún empleado o directivo resulta penalmente responsable por la lesión o puesta en peligro de bienes jurídicos penalmente protegidos (...) o no ha sido posible identificar al autor o autores del delito o falta”.

Del dictado legal se desprende, pues, por de pronto, que la responsabilidad penal podrá ser exigida en el caso de acuerdos adoptados por órganos colegiados, en virtud de lo cual la responsabilidad podrá ser atribuida a la PJ aun cuando no puedan determinarse (penalmente) las personas físicas que contribuyeron a la formación de la voluntad del órgano colegiado¹⁹⁸.

Sin embargo, sí es preciso examinar pormenorizadamente los aspectos dogmáticos referentes a la teoría jurídica del delito, habida cuenta de que algunos de ellos plantean interrogantes, cuya resolución ha suscitado cierta controversia. Esta tarea se llevará a cabo a la luz de las premisas de las que parto en este trabajo.

4.3.3.2. Circunstancias que afecten a “la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad” (art. 31 ter-2)

4.3.3.2.1. La accesoriedad de la responsabilidad de la PJ con respecto al hecho de la persona física y el significado del vocablo “culpabilidad”: accesoriedad referida a un *hecho* (no a una *acción*) objetivamente típico

En el apartado 2 del 31 ter se señala que “las circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad (...) no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas”.

Este precepto contiene una referencia a determinados requisitos que, concurriendo en el hecho delictivo de conexión realizado por la persona física, no son, empero, trasladables a la RPPJ. Por tanto, el precepto contiene implícitamente¹⁹⁹ una *regla de accesoriedad* (por así decirlo) de la RPPJ con respecto al hecho realizado por la persona física²⁰⁰, en el sentido de que, con la referencia a “las circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado”, nos está indicando que,

¹⁹⁸ Vid. por todos ya CARBONELL/MORALES, 2010, 74, quienes, considerando adecuada político-criminalmente esta previsión del art. 31 ter, añaden, empero, que habría sido preferible que se hubiese incluido en el art. 31 bis y se hubiese aludido a los acuerdos ilícitos (o, más precisamente, a los acuerdos de ejecutar hechos ilícitos constitutivos de delito) por parte de los órganos de la empresa con tal capacidad. Vid. además GONZÁLEZ CUSSAC, 2020, pp. 153 ss. y 268 ss., con indicaciones.

¹⁹⁹ Recuérdese que el injusto de la PJ, además de ser objetivo y estructural, se caracteriza por ser *accesorio* de los delitos cometidos por sus integrantes. Vid. por todos CIGÜELA, 2020, 5.2.

²⁰⁰ En el art. 4 de la propuesta de NIETO (2008, pp. 328 s.), que acabo de citar, se contenía también una regla de accesoriedad, puesto que, además de las previsiones ya mencionadas, añadía en el apartado 2 lo siguiente: “la concurrencia en la persona natural de circunstancias que excluyen la responsabilidad penal previstas en el art. 20 del CP y en el art. 14, excluyen también la responsabilidad de la persona jurídica, salvo que ésta hubiera debido evitar su aparición”. El nivel de accesoriedad contenido en esta regla podrá, o no, ser compartido (como a continuación expondré), pero el tenor del precepto es claro.

para que surja la infracción penal de la PJ, el hecho delictivo cometido por la persona física no tiene por qué ser un hecho realizado “con culpabilidad”.

No obstante, dicha redacción legal (que solo afecta al nivel que debe haber alcanzado la realización del hecho delictivo conforme a los diferentes elementos de la estructura del delito, por lo que se trata de una regla de accesoriedad *cualitativa*²⁰¹) ha sido criticada, con razón, por la doctrina desde diversos puntos de vista²⁰².

Ante todo, el principal defecto es la utilización del vocablo *culpabilidad*, algo que el legislador debería haber evitado a la vista de su polisemia. Y es que, en efecto, aun cuando se entendiese que el vocablo se emplea para aludir a la *categoría dogmática* de la culpabilidad, no hay acuerdo doctrinal ni jurisprudencial a la hora de determinar cuáles son los elementos que se incluyen en dicha categoría²⁰³.

Pero, más allá de ello, entiendo que, a la vista del fundamento que aquí he atribuido a la RPPJ, no hay razón alguna que justifique que el nacimiento de la infracción penal de la PJ tenga que exigir la realización de un hecho antijurídico (según la terminología de la opinión dominante) o la realización de un hecho ilícito (según la terminología de la concepción significativa), esto es, requerir lo que en la teoría del delito denominamos accesoriedad *limitada*²⁰⁴.

Conforme a dicho fundamento, creo que es posible (y deseable) interpretar que la referencia a las “circunstancias que afecten a culpabilidad del acusado” no alude a la categoría dogmática de la culpabilidad²⁰⁵,

²⁰¹ En la teoría jurídica del delito esta vertiente de la accesoriedad (usualmente denominada “cualitativa” o también “interna”) alude a los elementos del delito (tipicidad, antijuridicidad, culpabilidad) que deben concurrir en el hecho realizado por el autor para que pueda ser castigada la actividad del partícipe. Vid. por todos MARTÍNEZ-BUJÁN, EPCr, 2020, pp. 856 s.

²⁰² Vid. por todos ya GÓMEZ TOMILLO, 2010, pp. 58 ss., quien, sin ir más lejos, ponía de relieve el absurdo que supone aludir al “acusado” cuando previamente en el apartado 1 del propio precepto se indica que puede suceder que la persona física no hubiese sido individualizada o que no hubiese sido posible dirigir el procedimiento contra ella (p. 143)

²⁰³ Hay un amplio acuerdo a la hora de incluir en la categoría dogmática de la culpabilidad la conciencia de la antijuridicidad y la exigibilidad; sin embargo, no lo hay en lo que atañe a la imputabilidad, el dolo y la imprudencia. Vid. por todos MARTÍNEZ-BUJÁN, RP, 2022, pp. 171 ss. Es más, si se parte de la base de identificar la referencia legal con la *categoría dogmática* de la culpabilidad y –con la opinión dominante– se parte además de la base de que el dolo y la imprudencia no se incluyen en la categoría dogmática de la culpabilidad y, en cambio, la imputabilidad sí, carecería de todo sentido que la ausencia de imputabilidad en la persona física dejase subsistente íntegramente la RPPJ y que, por el contrario, la ausencia de dolo o imprudencia en la conducta de la persona física excluyese la RPPJ.

²⁰⁴ La opinión dominante considera, empero, que la RPPJ requiere una acción típica y antijurídica de la persona física, según explico más abajo.

²⁰⁵ Esto sucede también en otros preceptos del CP, como, v. gr., en el art. 65-3, en el que

sino a todas aquellas circunstancias (*rectius* mejor, elementos²⁰⁶) que poseen naturaleza *personal*²⁰⁷.

Por tanto, si utilizamos como equivalentes funcionales los diversos criterios de accesoriadad en el ámbito de la participación en la teoría del delito, cabría sostener, en principio, que, del mismo modo que vengo proponiendo para castigar la participación de las personas físicas, el criterio que debe ser utilizado en la materia que nos ocupa debe ser el de una *accesoriadad mínima objetiva*²⁰⁸, lo que significa que para admitir la RPPJ bastaría con que el hecho realizado por la persona física comportase la comisión de un tipo de acción relevante y ofensivo (primera categoría del delito), lo que viene a equivaler a la realización del tipo objetivo en la caracterización de la opinión dominante²⁰⁹.

Es más, creo que incluso cabría llegar a sostener que bastaría con una *accesoriadad más mínima todavía*, esto es, la realización de un tipo penal a secas (por así expresarlo), aunque no fuese un “tipo de acción”, debido a que la persona física hubiese obrado en una situación de ausencia de acción.

Veamos entonces detalladamente las diversas situaciones en las que, a mi juicio, es posible que surja una RPPJ, a pesar de que la persona física quede exenta de responsabilidad penal por el hecho penalmente típico realizado.

el vocablo “culpabilidad” tampoco debe ser entendido en un sentido alusivo a la categoría dogmática de la culpabilidad, sino como equivalente a *responsabilidad penal personal* en general.

²⁰⁶ Es obvio que el término “circunstancias” no puede ser concebido en su sentido dogmático de elementos que “modifican” la responsabilidad. Y no ya solo porque el propio legislador incluye a renglón seguido como expresión alternativa a las circunstancias que afectan a la culpabilidad del acusado aquellas otras “que agraven su responsabilidad”, sino porque carecería de todo sentido aludir únicamente a elementos que modifican la responsabilidad y no referirse a elementos que la excluyan.

²⁰⁷ En este sentido merece destacarse la propuesta que en su día efectuó NIETO, 2008, p. 328, sugiriendo una alusión legal específica a los arts. 14 y 20 CP, así como a la relación de la PJ con la producción de la eximente de la persona física. De acuerdo, vid. SILVA, 2016, p. 689, n. 71.

²⁰⁸ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, EPCr, 2020, pp. 881 ss.

²⁰⁹ Esta solución coincide con la que en nuestra doctrina ya plantearon, con respecto a la primigenia regulación legal de 2010, ZUGALDÍA (2010, p. 3), quien indicaba que basta “con la vertiente objetiva de un tipo penal (acción, resultado, imputación objetiva)” y GÓMEZ TOMILLO (2010, pp. 52 y 59), quien apuntaba que la tipicidad en el caso de la infracción penal de la PJ “consiste en la realización de un hecho objetivamente típico por parte de un sujeto físico”, sin perjuicio de la peculiaridad a la que aludiré más abajo. Asimismo, dicha solución había sido ya apuntada anteriormente de *lege ferenda* por ZUGALDÍA (2008, p. 145), con relación al Proyecto de reforma del CP, cuando explícitamente indicaba que hay una accesoriadad mínima del delito de la PJ con respecto a la persona física, desde el momento en que la existencia del delito de la PJ es independiente de que la persona física actúe sin dolo o sin imprudencia.

4.3.3.2.2. Persona física que obra sin culpabilidad concebida como categoría dogmática (y, *a fortiori*, que obra sin punibilidad)

A la vista de lo expuesto en el epígrafe anterior, resulta claro que, se le otorgue el contenido que se le otorgue (por amplio o reducido que sea) a la categoría dogmática de la culpabilidad, su ausencia en el hecho delictivo realizado por la persona física no excluye ni modifica la RPPJ.

Así, la concurrencia en la persona física de una causa de inimputabilidad, o la de un error sobre la prohibición o la de una causa de inexigibilidad (las instituciones que la opinión mayoritaria considera incluidas en la categoría dogmática de la culpabilidad)²¹⁰, o, en su caso, su apreciación como atenuaciones de la culpabilidad, no afecta en nada a la subsistencia de la RPPJ. Ahora bien, esto debe ser así por la sencilla razón de que todas las causas mencionadas son *personales*, aplicables, pues, únicamente a los sujetos en quienes concurren. Por tanto, del mismo modo que en la teoría del delito la exención de responsabilidad penal del autor que obra al amparo de alguna de dichas causas no es trasladable al partícipe en quien no quepa apreciar la situación de inculpabilidad, tampoco podrá ser trasladable a la PJ, que, por lo demás, según indiqué más arriba, en modo alguno posee ya capacidad de culpabilidad en el sentido que se predica de la persona física.

Sentado lo que antecede, hay que añadir que, con base en el argumento *a fortiori*, la presencia en la persona física de *causas excluyentes de la punibilidad* tampoco puede incidir en el mantenimiento de la RPPJ.

Repárese en que la concurrencia de una de estas causas presupone ya la existencia de un hecho típico, antijurídico y culpable, en virtud de lo cual, se interprete como se interprete el término “culpabilidad” en el seno del art. 31 ter-2 (aun cuando se entienda incluso como alusivo a la categoría dogmática de la culpabilidad), y aunque se partiese de la premisa de que la accesoriadad de la responsabilidad de la PJ debe ir referida a un hecho *culpable*, es obvio que todo lo que se incluya en

²¹⁰ Así, para FEIJOO (2015, p. 81) la referencia a la *culpabilidad* supone incluir inimputabilidad, inexigibilidad y error de prohibición invencible. Por su parte, SILVA (2016, p. 68g), alude al error sobre la prohibición y a la inexigibilidad, en referencia a los casos en que la comisión del delito por parte de la persona física sea el resultado de una estructura inícuca de la organización. En cambio, en el art. 4 de la referida propuesta de NIETO (2008, pp. 328 s.) se partía “en principio” de la regla de que “las causas de exclusión de la culpabilidad o incluso el error impiden la responsabilidad de la persona jurídica”, si bien esta regla general incluía la excepción de que la PJ “hubiera debido evitar su aparición”; y en el comentario al precepto se aclaraba, a mayores, que “en determinados supuestos, sin embargo, esta regla debe exceptuarse (v. gr., error de prohibición o inimputabilidad)”.

una categoría sistemáticamente posterior a la culpabilidad no puede ser exigido para afirmar la accesoriidad y que, por ende, la presencia de una causa excluyente de la punibilidad en el hecho realizado por la persona física no puede excluir (ni en su caso atenuar) la RPPJ.

En cualquier caso, téngase en cuenta que tanto las denominadas causas de exclusión de la punibilidad como las llamadas causas de levantamiento de la punibilidad poseen naturaleza estrictamente *personal*, por lo que en la teoría del delito se sostiene que el efecto excluyente de la responsabilidad en el autor no se proyecta sobre los partícipes en quienes no concurra la cualidad o la actuación personal²¹¹. Por consiguiente, de modo análogo a lo que sucede en la teoría del delito para las personas físicas, hay que concluir que tal efecto excluyente de la responsabilidad tampoco puede proyectarse sobre la RPPJ.

4.3.3.2.3. Persona física que obra sin dolo o imprudencia

Por la misma razón que acabo de apuntar en el epígrafe anterior, la RPPJ también debe subsistir aunque la persona física hubiese obrado sin dolo o sin imprudencia²¹².

Se ubiquen estos elementos en la culpabilidad, en el tipo o (como yo he venido sosteniendo) en una categoría intermedia, lo relevante es que poseen asimismo naturaleza *personal*, al expresar la infracción de la norma concebida como directiva de conducta, y, por ende, la ausencia de esta infracción personal en el autor no debería ser trasladable a los partícipes.

Ni que decir tiene entonces que carece de sentido plantearse siquiera

²¹¹ Vid. por todos MARTÍNEZ-BUJÁN P.G., 6^a ed., 2022, pp. 891 y 893.

²¹² Según indiqué más arriba, esta es también la opinión de un sector doctrinal: vid. ZUGALDÍA, 2008, p. 145; GÓMEZ TOMILLO, 2010, pp. 52 y 59, sin perjuicio del matiz al que me refiero en la nota siguiente. En cambio, otro sector doctrinal entiende que la persona física ha de haber obrado con dolo o con imprudencia. Así vid. ya, por todos, ROBLES, 2011 y 2014, pp. 231 ss., con un interesante excurso (en sintonía con el modelo de la transferencia o de la responsabilidad objetiva por el riesgo) sobre el hecho de que la PJ responde entonces por un delito doloso, no porque ella haya obrado a su vez dolosamente, sino porque se le transfiere el dolo de la persona física, que es su *alter ego*. Incluso se llega a exigir la presencia de dolo e imprudencia partiendo del modelo de la responsabilidad por el hecho propio. Así lo sostiene, p. ej., FEIJOO, 2015, pp. 81 s., y 2023, p. 29, quien exige “al menos una persona física que haya realizado un hecho típico y antijurídico”, siendo así que, para él (como para la opinión dominante), dolo e imprudencia pertenecen al tipo. Recuérdese que en la referida propuesta de NIETO (2008, pp. 328 s.) se preconizaba asimismo la exigencia de dolo o imprudencia puesto que en el art. 4-2 se indicaba que “la concurrencia en la persona natural de circunstancias que excluyen la responsabilidad penal previstas (...) en el art. 14 del CP, excluyen también la responsabilidad de la persona jurídica, salvo que ésta hubiera debido evitar su aparición”; y en el comentario a este precepto aclaraba NIETO que entre los supuestos que admitirían esta excepción se incluía únicamente la actuación en el error de prohibición (pero no, por tanto, en error de tipo).

si la inexistencia de dicha infracción personal de la norma de conducta en el autor (persona física) puede tener alguna incidencia en la RPPJ.

En fin, con arreglo a lo dispuesto en el CP, téngase en cuenta al respecto que, según el art. 31 ter, la RPPJ será exigible “aun cuando la persona física responsable no haya sido individualizada”. Por tanto, es obvio que sin la individualización de la persona física²¹³ será imposible saber si en el caso concreto esta actuó dolosa, imprudente o fortuitamente .

En síntesis, cabría entender que la “accesoriedad” de la responsabilidad de la PJ debe ir referida al aspecto estrictamente *objetivo* de la infracción realizada por la persona física²¹⁴.

Con base en tales premisas puede resolverse sin dificultad el caso planteado en la doctrina en referencia a la persona física que obra en situación de error sobre el tipo (invencible o vencible en los supuestos en los que el delito en cuestión no admita la imprudencia) cuando dicho error pueda ser reconducido al defecto organizativo de la PJ. A mi juicio, no hay duda alguna de que puede atribuirse la responsabilidad a la PJ, pese a que la persona física hubiese obrado sin infringir su norma personal de conducta; basta con que esta haya realizado un hecho objetivamente típico que pueda ser objetivamente imputado a la omisión de las medidas de prevención de delitos²¹⁵.

En el mismo sentido se había pronunciado ya ZUGALDÍA²¹⁶ con relación al proyecto de reforma del CP en materia de PJ, cuando aludía al supuesto en el que la persona física que realizó el hecho penalmente típico fue defectuosamente informada por parte del órgano directivo.

²¹³ Por más que sea una posibilidad “excepcional en la práctica”, como entiende FEJJO, 2015, p. 82.

²¹⁴ Sin embargo, SILVA (2016, p. 689), se inclina *prima facie* por interpretar que la alusión a la culpabilidad en el contexto del art. 31 ter significa una remisión al concepto de culpabilidad como categoría dogmática, que, según la opinión dominante, no incluye el dolo ni la imprudencia: “el texto legal español sólo establece la irrelevancia a efectos de la responsabilidad de la persona jurídica de casos en que falte la culpabilidad de la persona física, no en aquellos en los que falte el injusto subjetivo de ésta”. No obstante, hay que advertir de que, a renglón seguido, SILVA deja abierta la posibilidad de una exégesis alternativa en una línea próxima a la que mantengo aquí, por más que no llegue hasta el extremo de identificar –como yo mantengo– el vocablo “culpabilidad” con “norma personal de conducta”: “claro es que cabría partir de una accesoriedad de la responsabilidad de la persona jurídica al injusto objetivo de la persona física, de modo que el término ‘culpabilidad’ del texto legal se entienda en términos pre-finalistas como comprensivo del dolo y la culpa de la persona física”

²¹⁵ A este caso se refiere SILVA, *ibid.*, aduciendo que la atribución de la responsabilidad a la PJ sólo sería posible si se acogiese la exégesis alternativa a la que aludo en la nota anterior. A ello añade una ulterior posibilidad (p. 689, n. 71), a saber “la búsqueda de una persona física a la que hacer responsable del error en términos de autoría mediata o no evitación contraria al deber”.

²¹⁶ ZUGALDÍA, 2008, p. 145.

En particular, cabe imaginar (como escribe a continuación SILVA²¹⁷) el caso de los órganos de una PJ que ejecutaron un modelo de prevención defectuoso creyendo que era adecuado (v. gr., por haber recibido un asesoramiento externo en tal sentido), o el caso en que el programa de prevención ha devenido obsoleto, o no ha sido revisado adecuadamente, siendo así que sucesivos órganos de la PJ iban pensando que sí.

Por supuesto, como bien añade SILVA frente a la opinión de algún penalista²¹⁸, la que en modo alguno está en condiciones de incurrir en error es la PJ²¹⁹.

4.3.3.2.4. Persona física que obra al amparo de una causa de justificación. A la vez: referencia a la posible justificación de la PJ

Las razones esgrimidas en los epígrafes anteriores pueden proyectarse, asimismo, sobre la concurrencia de una causa de justificación en la persona física que realiza el hecho de conexión²²⁰. Es más, ello resulta obligado si se parte de la premisa (que he venido sosteniendo según la sistemática de la concepción significativa del delito, coincidente aquí con la sistemática del finalismo) de que las causas de justificación son también exenciones *personales*.

Así, p. ej., es perfectamente imaginable el caso en que una PJ omite adoptar las medidas idóneas de prevención de delitos ecológicos y

²¹⁷ SILVA, 2016, p. 691.

²¹⁸ Como ZIESCHANG, 2014, pp. 91 ss., quien admite que la PJ pueda incurrir en error sobre el tipo.

²¹⁹ SILVA, 2016, p. 691. Recuérdese que, desde mi punto de vista, la PJ no puede incurrir en lo que conocemos como error de tipo (que elimina la ilicitud o antijuridicidad subjetiva) porque carece de capacidad de infringir una norma de determinación y, antes de ello, porque carece de libertad de acción y, por tanto, no realiza ya una acción en sentido jurídico-penal.

²²⁰ Y, efectivamente, según señalé, un sector doctrinal no requiere la presencia de un hecho antijurídico y se conforma con la constatación de un hecho objetivamente típico. Así, vid. ya ZUGALDÍA, 2010, p. 3. Peculiar es, como indiqué, la posición de GÓMEZ TOMILLO, 2010, p. 59, puesto que, si bien en principio, comparte explícitamente la tesis de ZUGALDÍA (entendiendo que se darían los presupuestos del art. 31 bis), agrega que faltaría la culpabilidad de la PJ. De peculiar puede calificarse también la ya referida propuesta de NIETO (2008, pp. 328 s.), dado que en el apartado 2 del art. 4 señalaba lo siguiente: “la concurrencia en la persona natural de circunstancias que excluyen la responsabilidad penal previstas en el art. 20 del CP (...), excluyen también la responsabilidad de la persona jurídica, salvo que ésta hubiera debido evitar su aparición”; además en el comentario a este precepto se aclaraba que “en principio” la regla es que “las causas de justificación (...) impiden la responsabilidad de la persona jurídica”, y solo se aludía explícitamente a los supuestos de error de prohibición o inimputabilidad como casos que se podía exceptuar de la regla. No obstante, obsérvese que el inciso final (“salvo que ésta hubiera debido evitar su aparición”) permitiría dejar subsistente la RPPJ aun cuando en la persona física concurriese una causa de justificación, según explico a continuación en la nota siguiente.

genera objetivamente un riesgo para el bien jurídico medio ambiente, que se acaba materializando posteriormente en la realización de un hecho penalmente típico por parte de un integrante de la PJ; para salvar su vida o preservar su salud, el sujeto lleva a cabo una conducta que es relevante y ofensiva (realiza un tipo de acción) para un bien jurídico-penal y que beneficia a la PJ, sacrificando el bien jurídico de menor importancia y obrando, pues, al amparo de la eximente de estado de necesidad²²¹.

No obstante, en contra de esta posición, la doctrina dominante requiere la existencia de un “hecho típico y antijurídico” realizado por la persona física²²².

Así se pronuncia, v. gr., FEIJOO sobre la base de entender que “no tendría sentido hablar de responsabilidad penal de una persona jurídica si su defecto estructural está desvinculado de un hecho contrario a las normas penales. Conformarse con un hecho lesivo o peligroso es más propio de una responsabilidad civil extracontractual por falta de control de riesgos empresariales u organizativos que de una responsabilidad que merezca el calificativo de penal”²²³.

Sin embargo, esta argumentación prescinde del dato de que el fundamento de la RPPJ es completamente *independiente* del fundamento de la responsabilidad de la persona física²²⁴ y que lo decisivo debería ser, efectivamente, que la persona física realice “un hecho contrario a las normas penales”, pero, eso sí, entendiendo por tales aquellos hechos

²²¹ Según acabo de esbozar en la nota anterior, en la propuesta de NIETO (2008, p. 328) se llegaría también a la conclusión que sostengo en el texto, habida cuenta de que si se acredita que la PJ “hubiera debido evitar la aparición” de la situación de necesidad en la que se encontró la persona física, operaría la excepción que este penalista admite con respecto a la regla general de que las causas de justificación aplicables a la persona física excluyen también la responsabilidad de la PJ. Por lo demás, repárese en que, si se asumen los requisitos que en este trabajo exijo para la infracción penal de la PJ, carecerían de sentido tanto la regla general como la excepción propuestas por NIETO, puesto que la exigencia de una conexión concreta de riesgo entre la infracción de medidas de prevención y la realización del delito de la persona física haría innecesaria la regla contenida en el art. 4-2 de su propuesta (repárese además en que la rúbrica del art. 4 rezaba “independencia de la responsabilidad de la persona jurídica y natural”), al conducir ya dicha exigencia a las mismas consecuencias que se derivarían de la posición de este penalista. En efecto, una de dos, o existe esa conexión de riesgo en el caso concreto o no existe: si se acredita dicha conexión, entonces hay que entender, por fuerza, que la PJ “debió haber evitado la aparición de las circunstancias” que dieron lugar a una causa de justificación en la persona física, y si no se acredita tal conexión de riesgo, entonces ya no existe el *tipo de la infracción penal de la PJ* y, por tanto, no ha lugar a plantearse siquiera si se le traslada, o no, una posible justificación a un hecho atípico.

²²² Vid. por todos BOLDOVA, 2022, p. 3, n. 2; FEIJOO, 2023, p. 29.

²²³ FEIJOO, 2015, p. 81.

²²⁴ Esto es algo reconocido por el propio FEIJOO en diferentes pasajes de su trabajo, sin ir más lejos en p. 79.

que vulneran un bien jurídico penal, y considerando, en cambio, irrelevante la infracción de las diversas normas *personales de conducta* de las personas físicas, del mismo modo que, a mi juicio, debe ser también irrelevante la conducta justificada del autor (persona física) de un delito con respecto a la posible responsabilidad del partícipe (persona física) en quien no quepa apreciar una situación de justificación.

Es más, a la vista del ejemplo que acabo de exponer, resultaría completamente absurdo que el efecto eximente de la responsabilidad penal de la persona física se trasladase a la PJ, cuando fue precisamente el defecto estructural de la PJ el que provocó la situación de necesidad en la persona física, obligándola a sacrificar uno de los dos bienes en conflicto.

Agrega además FEIJOO que, con arreglo al CP español, una posición como la que aquí mantengo no tendría en cuenta “que el código ofrece una definición de lo que debe ser entendido como delito al principio del Título Primero relativo a la infracción penal (art. 10)”²²⁵.

Sin embargo, es obvio que el término “delito” empleado en el art. 31 bis no tiene por qué ser entendido en el sentido del art. 10 CP²²⁶ y puede ser concebido, en cambio, como “un hecho previsto como delito” y, en concreto, como equivalente a un *hecho objetivamente típico*, del mismo modo que sucede con respecto a otros preceptos del CP que emplean el vocablo “delito”, como, v. gr., sucede en los arts. 6-1 y 95-1²²⁷. A mayores, para quienes entiendan que el dolo y la imprudencia son elementos integrantes de la categoría dogmática de la culpabilidad, la identificación del término delito con una acción dolosa o imprudente (en el sentido del art. 10) abriría una contradicción insalvable (siquiera sea de modo parcial) con el contenido del art. 31 ter-2 cuando declara

²²⁵ FEIJOO, 2015, p. 82 n. 11, aclarando a renglón seguido que “el concepto de delito cometido por la persona física es, necesariamente, el concepto de delito del art. 10 CP, entendiendo como delito toda acción y omisión dolosa o imprudente penada en abstracto por la Ley, es decir, toda conducta típica y antijurídica”. Por lo demás, el ulterior argumento que aduce FEIJOO (2015, pp. 83 s.), referente a la *voluntas legislatoris* (de valor, *per se*, en todo caso relativo), no me parece consistente. En efecto, el hecho de que en los textos prelegislativos se aludiese a circunstancias “eximentes”, en lugar de circunstancias que “afectan a la culpabilidad” no tiene por qué ser interpretado (merced a un entendimiento *a contrario sensu*) como una voluntad del legislador de 2010 de restringir las eximentes solo a aquellas que afectan a la culpabilidad como categoría dogmática, sino que puede ser interpretado como una voluntad del legislador de englobar todos los supuestos de ausencia de responsabilidad penal por razones *personales*, incluyendo no solo las “eximentes” en el sentido técnico utilizado en el CP (capítulo II, del título I, arts. 19 y 20), sino también los supuestos de ausencia de dolo e imprudencia e incluso (como veremos) los casos de ausencia de acción.

²²⁶ Y, por cierto, aunque se concibiese en el sentido del art. 10 CP, de este precepto no puede deducirse que incluya la ausencia de causas de justificación.

²²⁷ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, 2021, pp. 49 ss. y bibliografía que se cita.

irrelevante la ausencia de *culpabilidad* en la persona física a los efectos de determinar la responsabilidad penal de la PJ.

Por su parte, SILVA ofrece una posición matizada, puesto que, si bien es cierto que también asume que la RPPJ requiere la existencia de un hecho típico y antijurídico de la persona física, a renglón seguido alude a la posible existencia de situaciones de difícil resolución, como, “por ejemplo, cuando la conducta típica pero justificada, de la persona física se debe a la presión de otra persona física de la empresa mediante la comisión de un delito (por ejemplo, las amenazas) que no da lugar a la responsabilidad penal de la persona jurídica. En este caso, una posible solución vendría de la mano de la imputación a la segunda persona física de una autoría mediata en relación con el delito cometido por la primera persona física”²²⁸.

Ni que decir tiene que con la tesis que propongo no es necesario recurrir a esta compleja solución (que además está condicionada a que concurran los requisitos de la autoría mediata, algo que en la mayoría de los casos no será posible), porque para que surja la infracción penal de la PJ bastaría ya con que una persona física hubiese actuado típicamente.

Por lo demás, de *lege lata* la regulación del CP no excluye (ni explícita ni implícitamente) la posibilidad de hacer responsable penalmente a la PJ cuando el autor del hecho de conexión obra al amparo de una causa de justificación²²⁹.

²²⁸ SILVA, 2016, p. 690, quien reconoce “las eventuales dificultades de este camino” y, en cualquier caso, considera “razonable” admitir la RPPJ cuando existen “situaciones de defecto de organización que dan lugar indirectamente a la comisión de delitos por parte de personas físicas”. En fin, admite también SILVA que la propuesta de NIETO (a la que aludí más arriba) “resolvía el problema de modo preferible”.

²²⁹ De hecho, desde la introducción de la RPPJ la doctrina ha venido criticando la ausencia de referencia a las causas de justificación, que sí se preveía, en cambio, en algunas propuestas doctrinales, como la mencionada propuesta de NIETO (2008, p. 328). Vid. ya MORALES, 2010, 58 s. y CARBONELL/MORALES, 2010, 75 s., quienes, con referencia a la regulación inicial, criticaron, en concreto, que no se previese la exclusión de la RPPJ cuando concurra una causa de justificación en la conducta realizada por la persona física, habida cuenta de que una eximente de esta naturaleza determina la exclusión de la antijuridicidad del hecho; y ello resulta singularmente relevante, a su juicio, en el caso de la eximente del art. 20-7^a (ejercicio de un derecho o cumplimiento de un deber), en la medida en que cumple una función de integración del Ordenamiento jurídico en el sistema penal. A lo anterior añadían dichos autores (de modo coherente con su posición) que la disposición del apartado 2 del art. 31 ter debería, pues, limitarse a la concurrencia de las eximentes que afectan a la inimputabilidad del autor del hecho típico y antijurídico (art. 20-1^o, 2^o y 3^o) y a la eximente de miedo insuperable (art. 20-6^o), dado que vienen determinadas, respectivamente, por la ausencia del presupuesto de la culpabilidad y por la ausencia del propio reproche jurídico sobre el sujeto persona física. También -ya tras la reforma de 2015- SILVA (2016, p. 690, n. 73) aludía al “muy relevante” problema de las causas de justificación y su incidencia sobre las personas físicas que obran

Es más, lo que sí cabe argüir, de nuevo, es que, según el art. 31 ter, la RPPJ será exigible “aun cuando la persona física responsable no haya sido individualizada”. Por tanto, es obvio que sin la individualización de la persona física será imposible saber si en el caso concreto la persona física actuó, o no, al amparo de alguna causa de justificación.

Eso sí, cuestión distinta será acreditar el elemento de la “actuación en beneficio” de la PJ. No obstante, debe recordarse que (concebido como una aptitud objetiva del hecho para contribuir a las finalidades de la PJ) nada obliga a entender que la expresión «en beneficio de» quede limitada a un concepto concebido como *ganancia económica* y, por ende, nada obsta a que abarque elementos intangibles como podrían ser la idoneidad para el ahorro de costes o para conseguir beneficios estratégicos, según indiqué más arriba. Por lo demás, téngase en cuenta que las dificultades para constatar este elemento también se pueden plantear con relación a la persona física inculpable que realiza una conducta antijurídica. Por último, recuérdese que *de lege ferenda* tal elemento carece de sentido en la infracción penal de la PJ, por lo que debería ser eliminado (vid. *supra* epígrafe IV.4.3.2.).

Al margen de todo lo anterior, cabe plantear una situación diferente, a saber: que la persona física hubiese actuado en defensa de la PJ. Esta es la hipótesis a la que se refería ya SILVA, cuando, tras la reflexión que acabo de reproducir tres notas más arriba sobre la ausencia de una previsión legal de las causas de justificación, aclaraba: “por ejemplo, la conducta típica de la persona física en legítima defensa de la persona jurídica (algo que incluso puede constituir un deber de la persona física). También debería tenerse en cuenta la conducta típica de la persona física en estado de necesidad agresivo en favor de la persona jurídica, que genera por lo demás una especial responsabilidad civil directa para esta última (art. 118.1,3^o CP español)”²³⁰.

En efecto, prescindiendo ahora de la conveniencia de que el legislador hubiese incluido una previsión semejante (cuestión en la que no puedo entrar aquí), lo que me interesa destacar es que dicha previsión no interferiría la resolución del problema de la accesoriadad de la responsabilidad de la PJ con respecto al hecho delictivo realizado por la persona física.

Por tanto, de nuevo, cabe establecer dos hipótesis: por un lado, si la PJ hubiese cumplido las medidas de prevención eficaz de delitos, no existiría ya el presupuesto de la *infracción penal* de la PJ y, en conse-

en el seno una empresa, proponiendo que el legislador debería haber especificado su posible incidencia y remitiéndose a la citada propuesta de NIETO que, a juicio de SILVA, “muestra sus ventajas”.

²³⁰ Cfr. SILVA, 2016, p. 690, n. 73.

cuencia, no habría lugar a plantearse siquiera una posible accesoriedad con respecto a la causa de justificación que hubiese concurrido en la persona física; por otro lado, si la PJ no hubiese cumplido las medidas de prevención eficaz de delitos y el hecho penalmente típico realizado por la persona física fuese consecuencia de ese defecto estructural, subsistiría la infracción penal de la PJ, por más que la persona física hubiese obrado al amparo de una legítima defensa o de un estado de necesidad.

Por último, y en otro orden de cosas (al margen de las cuestiones referidas a la realización del hecho de conexión por parte de la persona física), también cabe plantear la hipótesis de que pudiese concurrir una causa de justificación en la propia PJ. Esta hipótesis se ha suscitado, señaladamente, en casos en los que exista una imposibilidad económica de implantar un modelo adecuado de prevención, algo perfectamente imaginable si se repara en que el CP exige tal modelo en toda clase de empresas, incluso en las más pequeñas²³¹.

Comparto con SILVA la precisión de que tal cuestión no puede resolverse por la vía de la “no-desaprobación del riesgo/empresa”, esto es, en la esfera de la imputación objetiva por una sedicente ausencia de conexión de riesgo entre el delito realizado por la persona física y la omisión de las medidas de prevención. En efecto, en principio en dicha hipótesis concurrirían los dos elementos exigidos por la ley para que surja la infracción penal de la PJ (el presupuesto omisivo y el hecho de conexión vinculados normativamente). Por tanto, la posible exención de la RPPJ únicamente podría venir dada por la aplicación de una eximente de “estado de necesidad (económico) de la empresa”, que se previese específicamente para la propia PJ²³², una eximente que en la regulación del CP no existe. De ahí que, de *lege ferenda*, el legislador podría otorgar relevancia a dicha situación, bien como eximente o bien como atenuante, dado que tampoco el art. 31 quater (que solo prevé circunstancias “posteriores a la comisión del delito”) contiene referencia alguna al respecto.

4.3.3.2.5. Persona física que obra en situación de ausencia de acción

Según anticipé más arriba, creo que, en lo concerniente a la accesoriedad cualitativa de la infracción penal de la PJ con respecto al hecho de conexión, cabría incluso retroceder más en la teoría del delito y entender que la expresión “circunstancias que afecten a la

²³¹ Cfr. SILVA, 2016, p. 690.

²³² Cfr. SILVA, *ibid.*, quien habla del “insuficiente desarrollo del ‘estado de necesidad (económico) de la empresa’”.

culpabilidad del acusado” engloba además los supuestos de ausencia de acción en sentido jurídico-penal, de tal manera que entonces la expresión “los delitos cometidos”²³³, ni siquiera tendría por qué comportar la realización de un tipo de acción relevante y ofensivo (el tipo objetivo, según la opinión dominante), sino simplemente la realización de un hecho todavía más despersonalizado, o sea, un “hecho objetivo externamente coincidente con lo que se describe en un tipo penal”, aunque esa realización no constituya una genuina *acción*.

Así, la interpretación de dicha expresión vendría a coincidir con la exégesis que un sector doctrinal (en el que me incluyo) propone con respecto a las exigencias descritas en los arts. 6-1 y 95-1 CP para la imposición de las medidas de seguridad²³⁴.

Por supuesto, una vez más cabría aducir aquí que, dado que el art. 31 ter dispone que la RPPJ será exigible “aun cuando la persona física responsable no haya sido individualizada”, es evidente que sin la individualización de la persona física será imposible saber si en el caso concreto esta persona realizó el hecho penalmente típico a través de un movimiento corporal que no revestía el carácter de *acción*.

Aunque, ciertamente, se trate de casos de difícil concurrencia en la realidad criminológica (y, desde luego, de imposible concurrencia en la mayoría de delitos), no es descartable conceptualmente que, debido a un déficit organizativo de la empresa, se asignen actividades peligrosas a un trabajador que padece sonambulismo (u otra enfermedad semejante) en condiciones tales que propicien que el empleado lleve a cabo un hecho penalmente típico (v. gr., ecológico) que no reviste los caracteres de una acción.

Eso sí, de nuevo, cuestión diferente será acreditar el elemento de la “actuación en beneficio” de la PJ, con respecto a lo cual me remito a lo que acabo de indicar en el epígrafe anterior.

La razón de ser de esta ulterior ampliación en el nivel de la accesoriedad reside en que existe aquí una peculiaridad con respecto a la accesoriedad en el ámbito de las personas físicas, esto es: si una persona física realiza la *materialidad* de un hecho penalmente típico en una situación de ausencia de acción causada por otra persona física que instrumentaliza a aquella, siempre cabrá acudir a la *autoría mediata* para castigar a la persona de atrás que se sirve de la persona de delante para cometer el delito, razón por la cual resulta lógico exigir,

²³³ La expresión “delitos cometidos” no se opone a la interpretación que sostengo en el texto. Obviamente en el seno del art. 31 bis el vocablo “cometidos” no tiene por qué ser entendido en el sentido equivalente a la “realización de una acción”, del mismo modo que la palabra “delitos” no se identifica aquí con una infracción penal completa.

²³⁴ Vid. por todos MARTÍNEZ-BUJÁN, 2021, pp. 50 ss., con indicaciones.

en cambio, la realización de un tipo de acción (o sea, el tipo objetivo en terminología de la opinión dominante) para admitir el castigo de la *participación*; en cambio, si en materia de RPPJ exigiésemos que la persona física debe haber realizado, cuando menos, un *tipo de acción*, según el criterio de la accesoriadad mínima objetiva (y, por supuesto, si exigiésemos realizar un hecho típico y antijurídico según el criterio de la accesoriadad limitada), llegaríamos a la insatisfactoria conclusión de que la PJ nunca respondería penalmente en el caso de que la persona física no hubiese llegado ya a realizar una *acción*.

Por consiguiente, admitir como criterio de accesoriadad la realización de un *mero hecho penalmente típico* proveniente de una persona física (aunque no revista el carácter de acción en sentido jurídico-penal) permitiría atribuir la responsabilidad penal a aquella PJ que con su defecto organizativo hubiese propiciado que la persona física hubiese realizado tal hecho penalmente típico.

4.3.3.3. Persona física que realiza una tentativa (o actos preparatorios) y efectos del desistimiento

Examinada la accesoriadad *cualitativa* del hecho de conexión realizado por la persona física, otra cuestión de interés que se plantea es la referente a la accesoriadad *cuantitativa*²³⁵, esto es, en lo que aquí nos interesa, la cuestión de averiguar si se cumple el hecho de conexión ya con la realización de una *tentativa*, del mismo modo que sucedía en el delito del art. 286 seis del Proyecto de 2013 con respecto a las personas físicas.

La cuestión ha sido controvertida, dado que el CP no prevé indicación especial alguna al respecto²³⁶.

Obviamente, la tentativa constituye un hecho delictivo punible (o, dicho con mayor precisión, consiste en el inicio de la realización de un hecho penalmente típico), por lo que, en principio, no habría obstáculo conceptual alguno para entender que el requisito del “delito cometido” por la persona física, al que alude el art. 31 bis, quedaría integrado ya

²³⁵ En la teoría jurídica del delito esta vertiente de la accesoriadad (usualmente denominada “cuantitativa” o también “externa”) alude al estadio ejecutivo que debe haber alcanzado la conducta del autor para poder sancionar la intervención del partícipe. Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, EPCr, 2020, pp. 856 s.

²³⁶ Sobre la posibilidad de castigar por los delitos meramente intentados, vid. ya GÓMEZ TOMILLO 2010, pp. 149 ss. Vid. además, SILVA 2013, p. 23, quien, partiendo de la base de que el CP no contiene indicación especial alguna al respecto, considera que en el caso de que la persona física realice una tentativa la atribución de responsabilidad penal a la PJ “plantea algunas dificultades en relación con el principio de legalidad”; GONZÁLEZ CUSSAC, 2020, p. 159, quien, en cambio, se muestra partidario de admitir la RPPJ en caso de que la persona física realice una tentativa, sin perjuicio de que ello pueda “tomarse en consideración en el flexible proceso de determinación de la pena”.

por la realización de una tentativa²³⁷.

Ahora bien, el problema reside en saber cómo interpretamos el requisito de obrar “en beneficio directo o indirecto” de la PJ.

Y es que, en efecto, si se concibe la expresión “en beneficio” en el sentido de requerir el logro de un efectivo beneficio tangible para la sociedad, parece claro que, conceptualmente, la tentativa no podría ser admitida como hecho de conexión²³⁸.

En cambio, si entendemos dicha expresión como un elemento que revela una mera aptitud o idoneidad para conseguir el beneficio, de modo equivalente a lo que sucede en los denominados delitos de aptitud para la producción de un daño (entendimiento que, a mi juicio, resulta preferible, según indiqué más arriba²³⁹), entonces no habría problema alguno para admitir que una tentativa pueda cumplir el requisito del hecho de conexión realizado por la persona física.

En fin, si la expresión se interpretase en un sentido subjetivo (interpretación que, ciertamente, en mi opinión, debe ser tajantemente descartada²⁴⁰), es obvio que tampoco existiría obstáculo alguno al respecto²⁴¹.

Y, de hecho, en la jurisprudencia existen sentencias en las que se condena a la PJ por delitos ejecutados en grado de tentativa por la persona física. Vid., p. ej., la STS 3-11-2016 (pte. Soriano) en la que se condena por un delito intentado de estafa procesal, o la SAP Barcelona 113/2018, de 11-2, que condenó a una empresa por dos delitos contra la Hacienda pública en grado de tentativa con base en los arts. 305-1 y 310 bis CP²⁴².

En cualquier caso, la admisibilidad de la tentativa exigirá acreditar que, al tiempo de iniciar la realización de la acción típica, el autor obró con la resolución de consumir el hecho delictivo (elemento subjetivo

²³⁷ Por supuesto, parto de la base de que el verbo “ejecutar”, incluido en el art. 16 para definir la tentativa, equivale a “realizar” o a “cometer”. Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, 2019, pp. 27 s.

²³⁸ En este sentido vid. SILVA, 2016, p. 688, para quien no es fácil concebir supuestos de tentativa en los que se pueda aplicar el “criterio del beneficio” para la PJ, exigido explícitamente en el texto legal, de modo que – a su juicio – “la posibilidad aludida debe estimarse remota”.

²³⁹ Vid. *supra* epígrafe 4.3.2.

²⁴⁰ Vid. asimismo *supra* epígrafe 4.3.2.

²⁴¹ En este sentido, vid., por ejemplo, coherentemente DOPICO, 2018, p. 139, partiendo de la base de que el requisito “en beneficio”, constituye un elemento subjetivo específico.

²⁴² Según expliqué más arriba (vid. *supra* epígrafe II.2.1.), lo que resulta incorrecto es afirmar, como hace la STS 3-11-2016, que se castiga a la PJ “como autora penalmente responsable de un delito de estafa procesal en grado de tentativa”. Frente a ello hay que aclarar que la que realiza el delito (sea consumado, sea intentado) es la persona física: la PJ no realiza delito alguno, sino una *infracción penal*, que, eso sí, incluye como uno de sus elementos (en concreto, como una especie de *resultado objetivo*) la realización de un delito por parte de la persona física (delito que puede ser, ciertamente, consumado o intentado).

del tipo de acción de la tentativa). Ni que decir tiene que tal exigencia no podrá cumplirse ya conceptualmente en el supuesto en el que el autor “no haya podido ser individualizado”, por lo que en este supuesto el requisito del hecho de conexión únicamente podrá verse cumplido con un hecho típico consumado.

Una cuestión peculiar se plantea en el caso de que la persona física que ha iniciado la ejecución del hecho típico *desista después voluntariamente de consumir* el delito.

Resulta claro que en tal caso se habrá cumplido el hecho de conexión, por lo que subsistiría la RPPJ²⁴³. La razón estriba en que, a mi juicio, el desistimiento en la tentativa posee la naturaleza de causa de anulación (o levantamiento) de la punibilidad, que, como tal, opera cuando ya se ha realizado un hecho típico, antijurídico y culpable, y que posee naturaleza personal, por lo que en la teoría jurídica del delito solo se aplica a aquellos intervinientes en quienes concurra, sin que el efecto liberador de pena se pueda proyectar sobre aquellos otros intervinientes en el hecho que no han decidido retornar a la legalidad²⁴⁴. Consecuentemente, de modo análogo a lo que sucede en la teoría del delito, es obvio que el desistimiento de la persona física no puede poseer incidencia en la exclusión de responsabilidad penal de una PJ, que, debido a su defecto estructural, dio lugar a que se produjera una tentativa.

Ahora bien, cuestión diferente es que, conocida la realización de una tentativa, la PJ adopte medidas que contribuyan eficazmente a evitar la consumación del delito por parte de la persona física. Ciertamente, tal situación no ha sido prevista por el legislador español (que solo recoge la posibilidad de una atenuación en casos de adopción de medidas posteriores a la consumación del delito y de cara a la prevención de futuros delitos, en el art. 31 quater), pero hay que entender que existiría materialmente un comportamiento posterior positivo eficaz análogo al que tiene lugar en el desistimiento de la participación en el caso de las personas físicas (art. 16-3 CP) y que, por tanto, conjura en el caso concreto el riesgo inicial creado con el defecto estructural²⁴⁵.

²⁴³ Así también, vid. DOPICO, 2018, p. 139, sin llegar a exponer las razones en las que se basaría esa conclusión.

²⁴⁴ En efecto, si bien tal desistimiento es conceptualmente anterior a la consumación del delito, materialmente supone la realización de un hecho posterior al injusto de la tentativa. Vid. por todos MARTÍNEZ-BUJÁN, DPEE. P.G., 6ª ed., 2022, pp. 892 s.

²⁴⁵ En sentido próximo, vid. SILVA (2016, p. 688), quien escribe que si la consumación del delito pudo ser impedida por el modelo de prevención utilizado, entonces la PJ no podría responder, porque el modelo operaría de modo análogo a como tiene lugar el desistimiento de la participación en el caso de las personas físicas. Repárese, no obstante, en que SILVA no menciona la concurrencia de un comportamiento posterior positivo por parte de la PJ, y se

Por lo demás, pudiera pensarse que, dado que el hecho de conexión debe ser caracterizado como un auténtico resultado (eso sí, objetivo) de la infracción penal de la PJ, la inclusión de la tentativa en el hecho de conexión, equiparada a la consumación, podría entrar en fricción con el principio de proporcionalidad, puesto que la infracción penal de la PJ quedaría ya plenamente integrada (y castigada con las mismas sanciones) tanto con la realización de un delito consumado como con la de un delito intentado.

Sin embargo, tal fricción con el principio de proporcionalidad es solo aparente. Ante todo, porque el peculiar sistema de sanciones previsto para la infracción penal de la PJ posibilita que en el caso concreto la sanción penal se adecue a la gravedad del delito que se hubiese cometido, y, por tanto, que se adapte también a la menor pena que corresponda a un delito intentado. Así, en la mayor parte de los preceptos que castigan las infracciones penales de las PJ se establece un marco penal diferente en función de la duración de la pena prevista para el delito cometido por la persona física (distinguiendo supuestos de pena de prisión de menos de dos años y de más de dos, tres o cinco años), con lo que la menor pena que resultará en todo caso de la realización de una tentativa del delito de que se trate podrá tener reflejo en la menor sanción que se imponga a la PJ con relación al delito consumado. Pero, además, a lo anterior hay que añadir que los preceptos en los que no se prevé tal diferenciación, siempre se fija un marco sancionador con un máximo y un mínimo, dentro del cual el juez podrá tomar en consideración el dato de que el delito hubiese sido consumado o solo intentado, atendiendo en su caso a las reglas del art. 66 bis. En fin, a la hora de valorar la aludida fricción con el principio de proporcionalidad también hay que tener en cuenta el fundamento y la estructura de la infracción penal de la PJ que expone más arriba: y, a tal efecto, recuérdese que, si bien es cierto que aquí he otorgado al delito realizado por la persona física la función de un resultado (que, por tanto, contribuye a fundamentar el injusto de dicha infracción), se trata de un resultado que solo se vincula *objetivamente* a la omisión de las medidas eficaces de prevención de delitos merced a una conexión de riesgo, una omisión que –no se olvide– constituye la esencia o sustrato de la infracción penal de la PJ y que, por ello, es la

limita a afirmar que la consumación no se produjo debido al modelo de prevención existente. A mi juicio, en tal supuesto no habría, en rigor, un desistimiento, dado que sería el modelo de prevención de delitos previamente adoptado el que proporcionaría los medios para evitar la consumación. De ahí que cabría argüir que entonces no concurriría ya el *presupuesto* (primer elemento) de la infracción penal de la PJ.

portadora del mayor merecimiento de pena²⁴⁶.

En lo que concierne a la admisibilidad de los *actos preparatorios* como posible hecho de conexión, cabe reproducir, *mutatis mutandis*, las mismas consideraciones que acabo de efectuar con respecto al requisito de obrar “en beneficio directo o indirecto” de la PJ. Por su parte, también cabe trasladar aquí idénticas consideraciones en materia de desistimiento, dado que comparto la idea de que las previsiones de los apartados 2 y 3 del art. 16 CP son aplicables por analogía (y por el argumento *a fortiori*) a los casos de desistimiento de los actos preparatorios.

Por lo demás, si se acepta la tesis de que no hay obstáculo para considerar cumplido el hecho de conexión, entiendo que, desde el punto de vista de la tipicidad de la propia *infracción penal* de la PJ, tampoco habría inconveniente legal para admitir la responsabilidad de la PJ. En efecto, hay casos en los que, aunque el legislador incluye el castigo de los actos preparatorios en un precepto posterior a aquel en el que admite la responsabilidad penal de las PJ, lo cierto es que esta responsabilidad va ya literalmente referida a “los delitos comprendidos en este artículo” (en el mismo en el que se incluyen los actos preparatorios)²⁴⁷. Ciertamente, en el caso del art. 302 se alude al “artículo anterior”, o sea al art. 301 y no al 304, y en el art. 369 bis, se alude a “los dos artículos anteriores”, mientras que los preparatorios se incluyen en el art. 373); no obstante, cabe interpretar que los preceptos relativos a los actos preparatorios incluidos en los arts. 304 y 373 forman parte, materialmente, de los preceptos que incluyen los tipos consumados.

4.3.3.4. Persona física que lleva a cabo una conducta de participación y persona física que realiza un hecho delictivo imprudente

Del mismo modo que –según acabo de examinar– sucede con la tentativa, también se ha suscitado la cuestión de saber si el hecho de conexión que tiene que llevar a cabo la persona física debe ser exclusivamente una conducta constitutiva de autoría o puede ser también además una conducta de participación. La cuestión ha sido controvertida, dado que el CP tampoco prevé aquí indicación especial alguna al

²⁴⁶ Ni que decir tiene que todo lo que se acaba de exponer con relación a la admisibilidad de un hecho de conexión integrado por un delito en grado de tentativa y su posible fricción con el principio de proporcionalidad es trasladable a los casos de admisibilidad de un hecho de conexión integrado por un acto preparatorio, por un delito imprudente o por un delito atribuido a título de participación, casos a los que me refiero a continuación.

²⁴⁷ Así, vid. arts. 156 bis-8 y 177 bis. En el caso del art. 251 bis (en relación con art. 269) también existe una remisión genérica a “los delitos de estafa”.

respecto²⁴⁸.

Vaya por delante que, tanto en los arts. 31 bis y siguientes como en los preceptos de la Parte especial en los que se prevé la RPPJ el legislador utiliza los verbos “cometer” y “realizar” para caracterizar la conducta de la persona física que habrá de llevar a cabo el hecho de conexión, verbos que sirven (al igual que, a mi juicio, también el verbo “ejecutar”) para definir la conducta de autoría en el CP, según los arts. 28, 29, 30 y concordantes²⁴⁹.

Así las cosas, pudiera pensarse entonces que el tenor de los preceptos en los que se prevé la RPPJ impide admitir que el hecho de conexión pueda ser integrado con una conducta de mera participación de la persona física integrante de la PJ²⁵⁰.

Sin embargo, creo que no debería haber inconveniente en interpretar que, cuando a la hora de definir la RPPJ el legislador utiliza los verbos “cometer” y “realizar” para caracterizar la conducta de la persona física que habrá de llevar a cabo el hecho de conexión (esto es, para caracterizar el *resultado* de la infracción penal de la PJ), no les otorga el mismo significado que poseen en los arts. 28, 29 y 30 y concordantes, sino un significado diferente que permite englobar también las conductas de participación. De ahí que no pueda considerarse vulnerado el principio de legalidad

Por lo demás, repárese en que, si atendemos al fundamento y a la estructura de la infracción penal de la PJ que aquí propongo (no se olvide en el seno de un *subsistema diferente* al sistema de las personas físicas), tenemos que concluir que no hay razón alguna que justifique que el hecho de conexión tenga que restringirse a los casos en que la persona física realice una conducta de autoría. Así, v. gr., no hay razón alguna para excluir la RPPJ cuando, existiendo el presupuesto de la infracción penal de la PJ (el defecto estructural) un integrante de la PJ (actuando en nombre y en beneficio de la PJ) induce a un tercero

²⁴⁸ Sobre la posibilidad de hacer responsables a las PJ por delitos llevados a cabo a título de participación por parte de las personas físicas, vid. ya GÓMEZ TOMILLO 2010, pp. 149 ss.; SILVA 2013, p. 23, con idénticas consideraciones a las efectuadas con relación a la admisibilidad de la tentativa. Vid. además, con ulteriores referencias, LASCURAÍN, 2019, s. p., en el sentido que expongo a continuación; GONZÁLEZ CUSSAC, 2020, p. 159, con idéntica solución a la que propone para la tentativa; MORALES PRATS, 2023, pp. 902 ss., en el sentido que expongo a continuación.

²⁴⁹ Vid. MARTÍNEZ-BUJÁN, 2019, pp. 27 s. y n. 13, con respecto a los verbos “ejecutar” y “realizar”. No obstante, la identificación puede ser extendida al verbo “cometer”, que se contrapone expresamente a “participar” en el art. 17-2 CP (como apunta certeramente LASCURAÍN, 2019, s. p.).

²⁵⁰ Haciéndose eco de este argumento, vid. LASCURAÍN, 2019, s. p., si bien considera que este argumento “semántico” posee menos relevancia que otros argumentos sistemáticos a los que aludo a continuación.

a realizar un delito que puede vincularse merced a una conexión de riesgo con la omisión de las medidas de prevención exigibles.

Ciertamente, en contra de la admisibilidad de una conducta de participación se ha esgrimido, a mayores, un argumento que se califica de “sistemático” y que se considera “más importante” que el antecitado argumento gramatical, a saber: dado que –se afirma- la RPPJ “no es sino una especie de participación omisiva en el delito individual”, entonces el castigo penal de una PJ en relación con una conducta individual de participación supondría admitir el castigo de “la participación en la participación”²⁵¹. Sin embargo, este argumento tendría sentido si concibiésemos la RPPJ como una responsabilidad análoga o equivalente a la de la persona física. Sin embargo, debo reiterar que aquí no se parte de esa premisa, dado que se considera que la RPPJ se configura como una *infracción penal* (que no un delito) cimentada en un hecho propio e independiente y se inserta en un subsistema diferente al sistema de la persona física. Sentado esto, cabe añadir que a la vista de la estructura de esa infracción penal que he descrito más arriba, en modo alguno cabe afirmar que *dogmáticamente* esta consiste en una “participación omisiva en el delito individual”.

Sí tiene, *prima facie*, sentido, en cambio, el ulterior argumento sistemático que se aduce en contra de la admisibilidad de una conducta de participación por parte de la persona física al realizar el hecho de conexión, esto es: “dado que la participación tiene un reproche diferenciado y menor que la autoría, lo que se manifiesta fundamentalmente en la posibilidad de rebajar la pena y en la exclusiva sanción de la participación dolosa”, entonces “**si el legislador hubiera querido sancionar a la persona jurídica por no prevenir razonablemente la participación delictiva de los suyos, habría previsto expresamente la posibilidad de atenuación**”; de ahí se infiere que se produce una vulneración del principio de proporcionalidad²⁵². Sin embargo, aun aceptando aquí la equivalencia con el sistema de la persona física²⁵³, el argumento no me parece decisivo por varias razones. Ante todo, porque, a los efectos que aquí interesan, lo relevante es que, en el sistema del delito de la persona física, tanto la inducción como la cooperación necesaria se castigan por regla general (salvo la excepción –potestativa- prevista para contados delitos en el art. 65-3

²⁵¹ Así, cfr. LASCURAÍN, 2019, s. p. Adhiriéndose a este argumento vid. MORALES PRATS, 2023, p. 904.

²⁵² Cfr. LASCURAÍN, 2019, s. p.

²⁵³ Lo cual es mucho aceptar, porque, si bien es cierto que aquí nos estamos refiriendo a las características del delito de la persona física, no es menos cierto que este delito pasa a insertarse en el marco del subsistema de la RPPJ, caracterizado como el resultado (objetivo) de la infracción penal de la PJ.

CP) con la misma pena que la asignada al autor; solo la complicidad se sanciona con una pena inferior en grado. Por consiguiente, lo único que podría deducirse de este argumento es que no habría que admitir la complicidad; no obstante, entiendo que, en el caso de admitir la complicidad, tampoco existiría una vulneración del principio de proporcionalidad²⁵⁴, en atención a las razones que apunté en el epígrafe anterior al analizar la posibilidad de que el hecho de conexión consista en una tentativa, razones que, por lo demás, explican que el legislador no haya previsto expresamente una atenuación para las conductas de participación, del mismo modo que no la prevé para la tentativa ni para los delitos imprudentes.

Por su parte, en lo que concierne a la admisibilidad de un hecho de conexión integrado por la realización de un *delito imprudente*, tampoco hay razón alguna que obligue a restringir dicho hecho de conexión exclusivamente a los delitos ejecutados a título de dolo²⁵⁵. Así, en los casos en los que el legislador admite la RPPJ con relación a los delitos incluidos en un artículo o en un capítulo en el que se prevé la tipificación de la imprudencia (como sucede en los supuestos descritos en los arts. 261 bis, 302-2, 343-3, 328 CP y art. 2-6 Ley de contrabando) no se efectúa salvedad alguna con respecto al hecho imprudente y se contiene una remisión genérica a “todos los delitos recogidos en este capítulo” o a “los supuestos previsto en el artículo anterior”²⁵⁶.

En fin, en lo que atañe a la cuestión de si la admisibilidad de un hecho de conexión integrado por una conducta constitutiva de participación o por una conducta imprudente pudiese entrar en fricción con el principio de proporcionalidad, son trasladables aquí *mutatis mutandis* las razones que expuse en el epígrafe anterior con relación a los hechos constitutivos de tentativa.

²⁵⁴ Esta es asimismo la opinión de GONZÁLEZ CUSSAC, 2020, p. 159, quien admite la participación, sin perjuicio de que, a los efectos de la RPPJ, ello pueda “tomarse en consideración en el flexible proceso de determinación de la pena”, en particular en el caso de la complicidad. A favor también de su admisión: FEJOO, 2016-c, p. 71; MIR, P.G., 2015, p. 841.

²⁵⁵ A favor de su admisión, vid. G. CUSSAC, 2019, pp. 159 s., en referencia a los delitos medioambientales. Vid. además un análisis detenido en GÓRRIZ, 2019, pp. 32 ss.

²⁵⁶ La única duda podría venir dada por la redacción del precepto contenido en el art. 343-3 CP, habida cuenta de que este alude a “los delitos recogidos en este artículo”, siendo así que la realización imprudente se incluye en el art. 344. No obstante, repárese en que, con arreglo a la concepción significativa del delito, el tipo de acción (el tipo objetivo para la opinión dominante) del delito de riesgo catastrófico se incluye en todo caso en el art. 343; el art. 344 simplemente contiene la forma de *ilicitud* imprudente (la norma personal de conducta). Y algo similar cabe predicar del art. 2-6 Ley de contrabando, aunque en este caso el tenor del precepto suscita incluso menos dudas, dado que la comisión imprudente se prevé en el art. 3, que va referido simplemente a la “penalidad” y que se limita a indicar que “en los casos de comisión imprudente se aplicará la pena inferior en un grado”.

4.3.3.5. Persona física que realiza un delito especial

En lo referente al hecho de conexión se plantea además un problema específico de imputación en el caso de que el delito en cuestión se construya como un delito especial con un componente de infracción de deber, en el que el primigenio sujeto activo idóneo (*intraneus*) es la propia PJ. En tal caso, dado que, conforme a la regla del actuar en lugar de otro, el art. 31 exige que la persona física actúe como administrador de la persona jurídica, ésta sólo responderá si es posible afirmar la comisión del delito especial por parte del administrador, pero no cuando el delito es realizado por un subordinado, habida cuenta de que éste no posee la condición de *intraneus*, ni originariamente ni merced a la regla de transferencia del art. 31. De esta circunstancia ha extraído SILVA, coherentemente, la conclusión de que en tales delitos especiales solo resulte aplicable la primera vía de imputación del art. 31 bis-1 (y no vía prevista en la letra b)²⁵⁷.

No obstante, tal conclusión debe ser objeto de una ulterior precisión. En efecto, la argumentación reproducida resulta aplicable a los supuestos de autoría, pero no a los supuestos de participación. Y recuérdese que aquí he admitido la posibilidad de que el hecho de conexión quede integrado por una conducta de participación. Por tanto, en tal hipótesis nada se opone a que la vía prevista en la letra b) del art. 31 bis-1 pueda constituir también (por sí misma) el hecho de conexión.

Eso sí, esta precisión no poseerá gran trascendencia para quienes (en materia de accesoriadad cualitativa de la participación) admitimos que el hecho de conexión puede quedar integrado simplemente por la realización de un hecho penalmente típico (incluso aunque no se trate de una *acción* en sentido jurídico-penal), dado que entonces el círculo de posibles autores (administradores) realizadores del hecho de conexión se ve notablemente ampliado, y no habría necesidad de recurrir a la vía del apartado b).

En cambio la precisión sí tendría gran trascendencia cuando, a pesar de que se admita que un partícipe *extraneus* pueda llevar a cabo el hecho de conexión, se parta de la base de que el autor administrador *intraneus* debe realizar un hecho típico y antijurídico (accesoriadad limitada) o incluso un hecho (subjetivamente) típico (accesoriadad mínima subjetiva), puesto que en tal caso la realización de un hecho (solo) objetivamente típico por parte del administrador no reuniría

²⁵⁷ Vid. SILVA 2013, pp. 23 s. y n. 24, quien, tras plantear el problema en los términos que describo en el texto, matiza, con todo, acertadamente, que lo anterior no sería predicable de los delitos especiales de posición o de dominio, que poseen un régimen análogo al de los delitos comunes.

los requisitos necesarios para ser autor y, consecuentemente, en esa conducta no cabría una participación.

4.3.3.6. Realización de varios hechos penalmente típicos de igual o semejante naturaleza y realización de varios hechos de naturaleza diferente

Estas hipótesis no se hallan previstas en la regulación del CP español. No obstante, merece ser resaltado que a la primera de ellas se refería ya explícitamente NIETO en su modelo de propuesta legislativa, en la que dedicaba un precepto (el art. 7) a resolver esta cuestión.

A falta, pues, de una previsión legal al respecto, puede compartirse la solución preconizada por este penalista, en el sentido de entender que en tal hipótesis existiría una única *infracción penal* de la PJ, sobre la base de caracterizar la RPPJ como la expresión de “un defecto de organización permanente”, en atención a lo cual carecería de sentido apreciar varias infracciones penales de la PJ cuando la realización de diversos hechos penalmente típicos (por el mismo sujeto o por diferentes sujetos) fuese “expresión de un mismo defecto de organización”, de modo similar a lo que sucede en los delitos imprudentes cometidos por personas físicas, cuando, como consecuencia de la infracción de una misma norma de cuidado, se producen varios resultados²⁵⁸. Todo ello sin perjuicio de que la pluralidad de infracciones pueda tenerse en cuenta a la hora de la determinación de la pena dentro del marco penal asignado al delito de que se trate.

Y es que, en efecto, esta conclusión me parece coherente con la *estructura* de la infracción penal de la PJ que propongo en este trabajo, según la cual la omisión de medidas eficaces de prevención de delitos, caracterizada como presupuesto o sustrato de la infracción, genera un riesgo *ex ante* de realización de delitos por parte de sus integrantes (equivalente a una especie de peligro de aptitud para la producción de un resultado dañoso), que debe materializarse además en un resultado, esto es, en la efectiva realización de un hecho penalmente típico por parte de una persona física, que debe ser vinculado a la omisión por una conexión de riesgo. Repárese en que, entonces, en la hipótesis que planteo, los diferentes resultados (los diferentes hechos cometidos por las personas físicas) se imputan objetivamente al mismo riesgo. Y esta conclusión me parece congruente también con el *fundamento*

²⁵⁸ Vid. NIETO, 2008, p. 131. El art. 7 de su propuesta, bajo la rúbrica de “Concurso de delitos”, se indicaba: “Se impondrá una sola multa cuando, antes de la iniciación del proceso, se haya realizado la misma infracción u otra de naturaleza semejante, como consecuencia de la no implantación de un Código de prevención o su implantación deficiente. La multa se calculará a partir del delito más grave”.

que atribuyo a la RPPJ, basado en la peligrosidad de la PJ manifestada en el caso concreto de cara a la comisión de delitos por parte de sus integrantes y cuya sanción tiene como finalidad primordial intimidar a administradores y socios para que adopten medidas eficaces de prevención que impidan el favorecimiento de delitos.

Por lo demás téngase en cuenta que esta solución puede considerarse funcionalmente equivalente a la que se otorga a los supuestos de concurso ideal de delitos realizados por personas físicas (por más que en el ámbito de la RPPJ no exista una regla penológica específica al respecto –que de *lege ferenda* podría proponerse– que fuese exactamente equivalente)²⁵⁹.

En cambio, creo que a una conclusión distinta habría que llegaren el caso de que los hechos penalmente típicos realizados por diversas personas físicas (o incluso por la misma) fuesen de diferente naturaleza y cupiese apreciar conexiones de riesgo diferentes entre los diversos hechos y la omisión de medidas de prevención. La razón reside en que, según lo que expuse más arriba, en lo que atañe a la imputación objetiva del resultado a la omisión, el hecho penalmente típico realizado por las personas físicas tiene que ser considerado como una materialización *concreta* del riesgo que precisamente se creó con la omisión de las medidas de prevención definidas en los apartados 2 a 5 y el consiguiente defecto estructural peligroso²⁶⁰. Y esta conclusión me parece también congruente con el fundamento de la RPPJ del que parto, dada la mayor peligrosidad de la PJ que genera varios riesgos y, consecuentemente, las mayores necesidades preventivas que existen en este caso.

BIBLIOGRAFÍA

ARTAZA VARELA, **La empresa como sujeto de imputación de responsabilidad penal**, Madrid 2013

BACIGALUPO SAGGESE, **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**, Barcelona 1998

BACIGALUPO SAGESSE, **La responsabilidad penal de los entes**

²⁵⁹ Y, por análogas razones, creo que la circunstancia de que la infracción penal de la PJ siga siendo también única cuando el hecho penalmente típico de conexión fuese realizado por varias personas conjuntamente resulta asimismo coherente con la estructura y el fundamento que propongo para la RPPJ. Vid., sin embargo, ROBLES, 2014, p. 237, para quien dicha circunstancia evidencia que el fundamento de la responsabilidad de las PJ reside exclusivamente en la idea de desincentivar los enriquecimientos injustos.

²⁶⁰ Esta es también la solución que, implícitamente, se desprende de la propuesta de NIETO, toda vez que la regla contenida en el art. 7 se aplica únicamente en el caso de que existan diversos comportamientos delictivos que realicen “la misma infracción u otra de naturaleza semejante”, por lo que *a contrario sensu* la realización de hechos delictivos de distinta naturaleza deberán tener un tratamiento concursal distinto al que se propone en dicho precepto.

colectivos: *Societas delinquere potest* , en L.H. Rodríguez Ramos, Valencia 2013

BACIGALUPO SAGESSE, en BAJO/BACIGALUPO, S., **Derecho penal económico** , 2^a ed., Madrid 2010

BAJO/BACIGALUPO, S., **Derecho penal económico** , 2^a ed., Madrid, 2010

BAUCELLS LLADÓS, **Las penas previstas para la persona jurídica en la reforma penal de 2010. Un análisis crítico** EPCr, 33/2013

BENDEZÚ BARNUEVO, **¿Pueden delinquir dolosamente las empresas?: Actual estado de la discusión sobre el dolo de las personas jurídicas en la doctrina española** , La Ley CompliancePenal, 7 (2021)

BOLDOVA PASAMAR: **La introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en la legislación española**, en EPCr, 33/2013

BOLDOVA PASAMAR: **Naturaleza jurídica de los programas de cumplimiento** , RGDP, 37/2022

BUSATO, **Tres tesis sobre la responsabilidad penal de personas jurídicas** , Valencia 2019

CARBONELL MATEU, **Aproximación a la dogmática de la Responsabilidad penal de las personas jurídicas** , en L.H. Vives, Valencia 2009

CARBONELL MATEU, **Responsabilidad penal de las personas jurídicas: reflexiones en torno a su “dogmática” y al sistema de la reforma de 2010** , CPCr, n^o 101, 2010-a

CARBONELL MATEU, **La persona jurídica como sujeto activo del delito** , en *LH Luzón Peña*, Madrid 2020

CARBONELL MATEU/MORALES PRATS, **Responsabilidad penal de las personas jurídicas**, en Álvarez García/González Cussac (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia 2010

CIGÜELA SOLA, **La culpabilidad colectiva en el Derecho penal** , Madrid, 2015

CIGÜELA SOLA, **Cultura corporativa, compliance e injusto de la persona jurídica: aproximación criminológica y jurídico penal** , en LLCP 2/2020

CIRCULAR 1/2011 de la Fiscalía General del Estado, **relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por la LO 5/2010**

CIRCULAR 1/2016 de la Fiscalía General del Estado, **sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma del código penal efectuada por la LO 1/2015**

DE LA CUESTA ARZAMENDI, **Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español**, ReAIDP, 2011, A-05:1

DE VICENTE REMESAL, **Control de riesgos en la empresa y responsabilidad penal: la responsabilidad de la persona física (directivo, representante legal o administrador de hecho o de derecho de una persona jurídica) por infringir los deberes de vigilancia o control**, en RP, nº 34, 2014

DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, **¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas? Algunas tesis**, en *Libertas*, nº 5, 2016

DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, **La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un análisis dogmático**, en Gómez Colomer, J.L. (dir.), *Tratado sobre Compliance penal*, Valencia 2019

DÍAZ Y GARCÍA-CONLLEDO, **Reflexiones sobre el núcleo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal español y algunos cabos sueltos**, REDEPEC 2/2023

DÍEZ RIPOLLÉS, **La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española**, *InDret Penal*, 1/2012

DOPICO GÓMEZ-ALLER: en De la Mata/Dopico/Lascuráin/Nieto, **Derecho penal económico y de la empresa**, Madrid 2018

FARALDO CABANA, **Los compliance programs y la atenuación de la responsabilidad penal**, en Gómez Colomer (dir.), *Tratado sobre compliance penal*, Valencia 2019

FEIJOO SANCHEZ, **La responsabilidad penal de las personas jurídicas**, en Díaz-Maroto y Villarejo (dir.) *Estudios sobre las reformas del Código penal*, Pamplona 2011

FEIJOO SANCHEZ, **El delito corporativo en el Código Penal español. (Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas)**, 1ª ed., Pamplona 2015

FEIJOO SANCHEZ, **El delito corporativo en el Código Penal español. (Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas)**, 2ª ed., Pamplona 2016-a

FEIJOO SÁNCHEZ, **Réplica a Javier Cigüela. A la vez, algunas consideraciones sobre las últimas novedades en materia de responsabilidad penal de las personas jurídicas: Circular de la FGE 1/2016 y Sentencias del TS 154/2016, de 29 de febrero y 221/2016, de 16 de marzo**, en *InDret*2/2016-b

FEIJOO SÁNCHEZ, en BAJO/FEIJOO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA, **Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas**, Pamplona 2012 (hay 2ª ed., Madrid 2016-c)

FEIJOO SÁNCHEZ, **La función de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho penal español**, en REDEPEC 1/2023

FERNÁNDEZ TERUELO, **La promoción de un nuevo modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica como mecanismo de control de focos de riesgo derivados de conductas ajenas a su actividad e interés y su incompatibilidad con el contenido del art. 31 bis 1^o CP**, en LLCP, 14/2023

GALÁN MUÑOZ, **Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015**, Valencia 2017

GALÁN MUÑOZ, **La distinción entre responsabilidad penal y civil de las personas jurídicas**, en LH Maza, Pamplona 2018

GOENA VIVES, **Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica**, Madrid 2017

GÓMEZ CASALTA, **Comentario al Auto del Juzgado Central de Instrucción n. 6 de la Audiencia Nacional sobre el «Caso Tándem»: consideraciones sobre el modelo dogmático de responsabilidad penal de las personas jurídicas**, en LLCP 7/2021

GÓMEZ MARTÍN, **Falsa alarma. O sobre por qué la Ley orgánica 5/2010 no deroga el principio *societas delinquere non potest***, en MIR/CORCOY (dirs.), *Garantías constitucionales y Derecho penal europeo*, Madrid 2012

GÓMEZ TOMILLO, **Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el sistema español**, Valladolid 2010

GÓMEZ TOMILLO, **La responsabilidad penal de las personas jurídicas y el Derecho administrativo sancionador: criterios de imputación objetiva**, en el libro *Crisis financiera y Derecho penal económico*, E. Demetrio Crespo (dir.) y M. Maroto Calatayud (coord.), Madrid 2014

GÓMEZ TOMILLO, **Compliance penal y política legislativa. El deber personal y empresarial de evitar la comisión de ilícitos penales en el seno de las personas jurídicas**, Valencia 2016

GÓMEZ TOMILLO, **Concepto penal de persona jurídica y teoría de la autoría y participación en el delito**, en LH Zugaldía, Valencia 2021

GÓMEZ-JARA DÍEZ, **La culpabilidad penal de la empresa**, Madrid 2005

GÓMEZ-JARA DÍEZ, **¿Imputabilidad de las personas jurídicas?** LH Rodríguez Mourullo, Madrid 2005-a

GÓMEZ-JARA DÍEZ, **El modelo constructivista de autorresponsabilidad penal empresarial**, en C. Gómez-Jara (ed.) *Modelos de autorresponsabilidad penal empresarial*, Elcano 2006

GÓMEZ-JARA DÍEZ, **Aspectos sustantivos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas**, en Banacloche/Gómez-Jara/Zarzalejos,

La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Aspectos sustantivos y procesales, Madrid 2011

GÓMEZ-JARA DÍEZ, **Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas**, en BAJO/FEIJOO/GÓMEZ-JARA, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Pamplona 2012

GÓMEZ-JARA DÍEZ, **La culpabilidad penal (propia) de la persona jurídica: reto para la teoría, necesidad para la práctica**, en J.M^a. Silva y F. Miró (dirs.) *La teoría del delito en la práctica penal económica*, Madrid 2013-b

GÓMEZ-JARA DÍEZ, **El injusto típico de la persona jurídica (tipicidad)**, en *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Cizur Menor, 2016-b

GÓMEZ-JARA DÍEZ, **El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas. El inicio de una larga andadura**, 2^a ed., Pamplona 2019

GÓMEZ-JARA DÍEZ, **Actor corporativo y delito corporativo: elementos de un sistema de autorresponsabilidad de las personas jurídicas desde una perspectiva teórico-práctica**, 1^a ed., Pamplona, 2020

GÓMEZ-JARA DÍEZ, **El modelo constructivista de (auto) responsabilidad penal de las personas jurídicas: tres contribuciones de la teoría a la práctica**, REDEPEC 1/2023

GONZÁLEZ CUSSAC, **El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas**, en L.H., Montero Aroca, Valencia 2012

GONZÁLEZ CUSSAC, **Responsabilidad penal de las personas jurídicas: arts. 31 bis, ter, quáter y quinquies**, en J.L. González Cussac (dir.), *Comentarios a la reforma del Código penal de 2015*, Valencia 2015

GONZÁLEZ CUSSAC, **La eficacia eximente de los programas de prevención de delitos**, en EPCr, XXXIX, 2019

GONZÁLEZ CUSSAC, **Responsabilidad penal de las personas jurídicas y programas de cumplimiento**, Valencia 2020

GONZÁLEZ CUSSAC, **La capacidad de acción de la persona jurídica**, en *LH Górriz*, Valencia 2020-a

GÓRRIZ ROYO, **Criminal compliance ambiental y responsabilidad de las personas jurídicas a la luz de la LO 1/2015, de 30 de marzo**, InDret, 4/2019

GRACIA MARTÍN, **La naturaleza jurídica civil y administrativa de la mal llamada responsabilidad “penal” de las personas jurídicas**, en LH Schünemann, T. II, Lima 2014

GRACIA MARTÍN, **La inexistente responsabilidad “penal” de las personas jurídicas**, en Foro FICP, 2015- 2

GRACIA MARTÍN, **Crítica de las modernas construcciones de una mal llamada responsabilidad penal de la persona jurídica**, *RECPCr*, n.º 18/2016.

LASCURAÍN SÁNCHEZ, en **Manual de cumplimiento penal en la empresa**, A. Nieto Martín (dir.), Valencia 2015

LASCURAÍN SÁNCHEZ, **¿Penamos a la persona jurídica por conductas de participación?**, *Almacén de Derecho*, 13-3-2019

LASCURAÍN SÁNCHEZ, **Elogio de la pena a la persona jurídica (I)**, en *Almacén de Derecho* 20-11-2020, y **(II)**, *Almacén de Derecho* 24-11-2020

LASCURAÍN SÁNCHEZ, **Elogio de la responsabilidad penal de la persona jurídica**, en *LH Corcoy*, Madrid 2022

LUZÓN PEÑA, **Lecciones de Derecho penal. Parte General**, 3^a ed., Valencia 2016

MAGRO SERVET, **Doctrina jurisprudencial reciente del Tribunal Supremo español sobre compliance y responsabilidad penal de personas jurídicas**, en *DLL*, 12-6-2020, n.º 9652

MAGRO SERVET, **Actualización y análisis de sentencias recientes del Tribunal Supremo afectantes a *compliance* y a responsabilidad penal de las personas jurídicas (2022 y 2023)**, en *LLCP*, 12/2023

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ (MARTÍNEZ PÉREZ), **Las condiciones objetivas de punibilidad**, Madrid 1989

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, **Del incumplimiento del deber de vigilancia o control en personas jurídicas y empresas (El artículo 286 seis del Proyecto de Ley Orgánica de Código penal español de 2013)**, en *Libertas*, n.º 3, 2015

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, **La autoría en Derecho penal. Un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español)**, Valencia, 2019

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, **La accesoriadad cualitativa de la participación**, en *EPCr*, vol. XL, (2020)

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, **Los elementos subjetivos en la antijuridicidad. Un estudio a la luz de la concepción significativa (y del Código penal español)**, Valencia, 2021

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, **El postulado de la libertad de acción y la incapacidad de acción de las personas jurídicas**, en *LH Queralt*, Barcelona 2021-a

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, **Derecho penal económico y de la empresa (Parte general)**, 6^a ed., Valencia 2022

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, **El fundamento de la categoría dogmática de la culpabilidad (Un estudio a la luz de la concepción significativa de la acción)**, en *Revista Penal*, nº 50, 2022

MIR PUIG, **Bases constitucionales del Derecho penal**, Madrid 2011

MIR PUIG, **Las nuevas “penas” para personas jurídicas, una clase de “penas” sin culpabilidad**, en MIR PUIG/CORCOY/GÓMEZ MARTÍN, *Responsabilidad de la empresa y compliance*, Madrid 2014

MIR PUIG, **Las nuevas “penas” para personas jurídicas, una clase de “penas” sin culpabilidad**, en *LH Luzón Peña*, vol. II, Zaragoza 2020

MIR PUIG, **Derecho penal. Parte general**, 10^a ed., (con la colaboración de Gómez Martín, Víctor/Valiente Iváñez, Vicente), Barcelona 2015

MORALES PRATS, **La responsabilidad penal de las personas jurídicas (arts. 31 bis, 31.2 supresión, 33.7, 66 bis, 129, 130.2 CP)**, en G. Quintero (dir.) *La reforma penal de 2010*, Pamplona, 2010

MORALES PRATS, en CARBONELL MATEU/MORALES PRATS, **Responsabilidad penal de las personas jurídicas**, en Álvarez García/González Cussac (dirs.), *Comentarios a la reforma penal de 2010*, Valencia 2010

MORALES PRATS: **¿Son las personas jurídicas responsables solo como autoras o también en régimen de participación?**, en *LH Díez Ripollés*, Valencia 2023

NIETO MARTÍN, **La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo**, Madrid 2008

NIETO MARTÍN, **Problemas fundamentales del cumplimiento normativo en el Derecho penal**, en KUHLEN/MONTIEL/ORTIZ DE URBINA, *Compliance y teoría del Derecho penal*, Madrid 2013

NIETO MARTÍN, en **Manual de cumplimiento penal en la empresa**, A. Nieto Martín (dir.), Valencia 2015

NIETO MARTÍN, **La eficacia de los programas de cumplimiento: propuesta de herramientas para su valoración**, REDEPEC, 1/2023

ORTIZ DE URBINA, **Trayectoria y cultura corporativa en la exención por cumplimiento normativo**, en *Derecho penal y persona. LH Silva Sánchez*, Lima 2019,

PASTOR MUÑOZ, **Sobre el estatus normativo de los programas de cumplimiento y su relación con los deberes jurídico-penales de las personas físicas que operan en la organización empresarial**, en *LH Corcoy*, Madrid 2022

PEÑARANDA RAMOS, **Sobre la responsabilidad en comisión**

por omisión respecto de hechos delictivos cometidos en la empresa (y en otras organizaciones), en L.H. González-Cuéllar, Madrid 2006

RAGUÉS VALLÈS, *La actuación en beneficio de la persona jurídica como presupuesto para su responsabilidad penal*, Madrid 2017
ROBLES PLANAS, **¿Delitos de personas jurídicas? A propósito de la ley austriaca de responsabilidad de las agrupaciones por hechos delictivos**, *InDret* 2/2006

ROBLES PLANAS, **El “hecho propio” de las personas jurídicas y el informe del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Reforma del Código penal de 2008**, *InDret* 2/2009

ROBLES PLANAS, **Pena y persona jurídica crítica del art. 31 bis CP**, *Diario La Ley* (7705) 2011 y en *Estudios de dogmática jurídico-penal. Fundamentos, teoría del delito y Derecho penal económico*, Madrid 2014 (se cita por este último)

ROBLES PLANAS, **Volver a empezar: las personas jurídicas y el Derecho penal**, en *LH Queralt*, Barcelona 2021 (también en LLCP, n^o 8, 2022)

SÁNCHEZ-OSTIZ GUTIÉRREZ, **Las normas de las personas jurídicas: ¿cómo es que responde penalmente quien no puede delinquir!**, en *LH Bajo Fernández*, Madrid 2016

SILVA SÁNCHEZ, **La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español**, en Silva/Montaner, *Criminalidad de empresa y Compliance*, Barcelona 2013

SILVA SÁNCHEZ, **La eximente de “modelos de prevención de delitos”. Fundamento y bases para una dogmática**, en *LH Bajo Fernández*, Madrid 2016 (también en Ragués Vallès/Robles Planas (Dir.), *Delito y empresa. Estudios sobre la teoría del delito aplicada al Derecho penal económico-empresarial*, Barcelona 2018)

SILVA SÁNCHEZ, J. M. (2020), **El debate sobre la prueba del modelo de Compliance: Una breve contribución**, *InDret*, n. 1, 2020.

SILVA SÁNCHEZ (dir.)/ROBLES PLANAS (coord.): **Lecciones de derecho penal económico y de la empresa. Parte General y especial**, Barcelona 2020-a

SILVA SÁNCHEZ, **El compliance de detección como “eximente” suprallegal para las personas jurídicas**, en *L.H. Zugaldía*, Valencia 2021

SILVA SÁNCHEZ, **¿”Quia peccatum est” o no “ne peccetur”? Una modesta llamada de atención al Tribunal supremo sobre la “pena” corporativa**, *InDretPenal*, 1/2021-a

SILVA SÁNCHEZ, **Lo real y lo ficticio en la responsabilidad**

«penal» de las personas jurídicas , en REDEPEC 1/2023

VIVES ANTÓN, **Fundamentos del sistema penal** , Valencia 1996

VIVES ANTÓN, **Fundamentos del sistema penal (Acción Significativa y Derechos constitucionales)** , 2ª ed., Valencia 201

ZIESCHANG, **Das Verbandsstrafgesetzbuch**, GA, 2014

ZUGALDÍA ESPINAR, **La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones** , Valencia 2008

ZUGALDÍA ESPINAR, ***Societas delinquere potest (Análisis de la reforma operada en el CP español por la L.O. 5/2010, de 22 de junio)***, en *La Ley Penal*, nº 76, 2010

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, **Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas** ,Ed. Aranzadi Pamplona 2000 (hay 2ª ed. de 2003)