

# Compliance Advisory LAB

Investigación sobre *Compliance*, *Forensic* y R.P.P.J. de Grant Thornton

## Report 6

### **Probabilidad del riesgo, dolo eventual e imprudencia consciente**

Examen de una difusa frontera entre la condena y la absolución de la persona jurídica

**Rafael Aguilera Gordillo,**

Codirector del Compliance Advisory LAB

Enero 2022



## Report 6

# Probabilidad del riesgo, *dolo eventual* e *imprudencia consciente*

Examen de una difusa frontera  
entre la condena y la absolución  
de la persona jurídica



De todas las conductas delictivas que conforman el catálogo de delitos para los que se prevé la responsabilidad penal de la persona jurídica<sup>1</sup> contemplados en modalidad dolosa, tan sólo cinco incriminan la conducta negligente<sup>2</sup>. Es decir, **la imputación subjetiva constituye un aspecto crucial para el «destino penal» de la persona jurídica** cuando algún directivo, mando intermedio o empleado subordinado protagoniza un hecho delictivo.

Esto implica que, en la gran mayoría de casos donde concurren los presupuestos y restantes exigencias para la atribución de responsabilidad, **el hecho de que una empresa, asociación o fundación pueda resultar penalmente condenada va a depender -directamente- de aquello que el juzgado o tribunal infiera acerca del aspecto subjetivo**: si el órgano juzgador extrae que hubo dolo en el comportamiento, procederá la condena; en cambio, si deduce que existió imprudencia no podrá sancionar penalmente a la persona jurídica<sup>3</sup>. Pues bien, en este contexto, resulta pertinente lanzar los siguientes interrogantes:

¿Cuál es el estado de la cuestión respecto a la imputación subjetiva en el marco de la responsabilidad penal de la persona jurídica?

¿Cuáles son los rasgos definitorios de los dos conceptos que marcan la difusa frontera entre dolo e imprudencia y qué doctrina jurisprudencial aplica el Tribunal Supremo?

¿Qué efectos jurídico-penales puede generar un comportamiento delictivo doloso para la empresa, para el propio contexto corporativo y para otras personas jurídicas?

En este sexto report del *Compliance Advisory LAB* se abordan los interrogantes apuntados, analizando aspectos como los distintos enfoques que existen en relación con la tipicidad subjetiva en el singular campo de la responsabilidad penal de la persona jurídica, los criterios que sirven para inferir la existencia de dolo o imprudencia, cómo distingue el Alto Tribunal el dolo eventual de la culpa o imprudencia consciente, así como **las implicaciones que tiene -o puede tener- la apreciación del dolo para la propia persona jurídica (punibilidad ante la tentativa) y para otras personas jurídicas (punibilidad por participación)**.

Como el lector podrá extraer, se trata de cuestiones jurídico-penales decisivas para las empresas, asociaciones, fundaciones -y para las propias personas físicas implicadas-, donde juegan un papel esencial el **juicio probabilístico, los sesgos («biases»)** que inciden en los procesos de toma de decisiones y en la **gestión del riesgo (risk managment)**. Por tanto, este texto resulta de especial interés para *Compliance officers*, profesionales con responsabilidades en materia de *Compliance*, abogados, asesores legales, instructores especializados en formación sobre *Compliance* y analistas de riesgos penales corporativos.

1. Se relacionan en el Anexo.

2. La [Circular 1/2016](#) de la Fiscalía General de Estado sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas conforme a la reforma efectuada por ley orgánica 1/2015 señala al respecto en su apartado 7. Concluimos lo siguiente: «Un recorrido por los delitos para los que está prevista la responsabilidad de la persona jurídica muestra que **la inmensa mayoría describe comportamientos exclusivamente dolosos. Los delitos contra la salud pública prevén la modalidad imprudente (art. 367), pero la responsabilidad de la persona jurídica no se extiende a ella (art. 366)**. Exclusión, por otra parte, desafortunada, pues imposibilita la exigencia de responsabilidad a las empresas que hayan incumplido gravemente los deberes mínimos de diligencia en la fabricación o comercialización de productos letales o gravemente dañinos para la salud de los consumidores, actuaciones no precisamente desconocidas en la jurisprudencia española. Finalmente, **solo cuatro grupos de conductas imprudentes son susceptibles de generar un reproche penal a la persona jurídica, a saber: las insolencias punibles, los delitos contra los recursos naturales y el medio ambiente, el delito de blanqueo de capitales y los delitos de financiación del terrorismo.**». Resaltado del autor.

No obstante, resulta notorio que la Circular 1/2016 omite el delito de contrabando previsto en una ley penal especial (art. 2.5 en relación con el art. 2.6 de la [ley orgánica 12/1995, de 12 de diciembre de represión del contrabando](#)).

3. Con la excepción de los cinco delitos señalados en la nota precedente, que sí contemplan la modalidad imprudente.

# 1. Imputación subjetiva en el marco de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Como resulta conocido, la tipicidad no está únicamente configurada por elementos objetivos de índole descriptiva o normativa, sino que, una vez superado el filtro de la *imputación objetiva* se hace necesario que exista dolo o imprudencia en la conducta (así lo precisa nuestro Código Penal en sus artículos 5 y 10<sup>4</sup>). Asimismo, cuando en el Código se precisan conductas, tales comportamientos delictivos son, como norma general, dolosos. Únicamente podrán castigarse aquellas conductas negligentes o imprudentes cuando expresamente así lo recoja el propio Código Penal. A su vez, cuando nos encontramos con que una conducta se sanciona tanto en la modalidad dolosa como imprudente, observaremos como la dolosa tiene una pena muchísimo más grave, pues la reprochabilidad por el desvalor es considerablemente mayor al concurrir la decisión de atacar al bien jurídico.

Con carácter general, **el esclarecimiento en sede judicial respecto a si la conducta delictiva fue dolosa o imprudente constituye un punto sumamente complejo**, pues una disposición subjetiva carece de elementos directos que la exhiban. Para inferir si ese comportamiento se ha realizado con dolo o imprudencia<sup>5</sup> se recurre a indicios, a las normas sociales de atribución del conocimiento o a **indicadores**. Algunos de esos indicadores son: el grado de **conocimiento o formación** asociado a las características personales del sujeto, las medidas de **control de riesgo** que había adoptado y aplicado, las conductas desarrolladas justo antes y después del delito, **grado de peligro generado**, etc.

En el segundo apartado del *report*, se estudia la decisiva e imprecisa frontera entre dolo e imprudencia, pero antes de profundizar en ese extremo corresponde abordar un aspecto previo: a qué sujeto examinamos a la hora de evaluar la **imputación subjetiva bajo el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica** y si existen o no divergencias con respecto al análisis que se realiza en las personas físicas.

A pesar de que la institución de la responsabilidad penal de la persona jurídica lleva con nosotros más de diez años, sabemos que puede aseverarse la existencia de un modelo de responsabilidad claramente definido y unánimemente aceptado. Como es sabido, existen dos modelos principales enfrentados (autorresponsabilidad de base sistémica vs. heteroresponsabilidad)<sup>6</sup> y, entre ambos, un amplio elenco de posiciones y tesis eclécticas, muchas de las cuales: se encuentran mejor preparadas para afrontar los retos que impone la casuística, ofrecen mayor solidez dogmática, su validez se encuentra respaldada por evidencias científicas obtenidas en el marco de contextos corporativos, se ajustan con mayor rigor a la realidad o dimensión ontológica de las propias organizaciones<sup>7</sup>, etc. Además, esta cuestión desborda las fronteras nacionales y se da en casi todos los Estados que han asumido esta institución. Pues bien, lógicamente, esa divergencia afecta a la *imputación subjetiva* del sistema de responsabilidad penal corporativa.

---

4. Artículo 5 C.P.: «No hay pena sin dolo o imprudencia».

Artículo 10 C.P.: «Son delitos las acciones y omisiones dolosas o imprudentes penadas por la ley».

5. Cabe mencionar que, además de la cuestión de la apreciación del dolo o la imprudencia -que centra parte nuclear de la imputación subjetiva-, en algunos tipos dolosos se exigen otros particulares elementos subjetivos del injusto (como un específico ánimo o intencionalidad), se trata de los elementos especiales del tipo del injusto.

6. Sobre ello, *vid. Report 1: El "traslado" de responsabilidad penal entre empresas: Soporte socio-legal del artículo 130.2 C.P., identidad y due diligence penal*, del Compliance Advisory LAB.

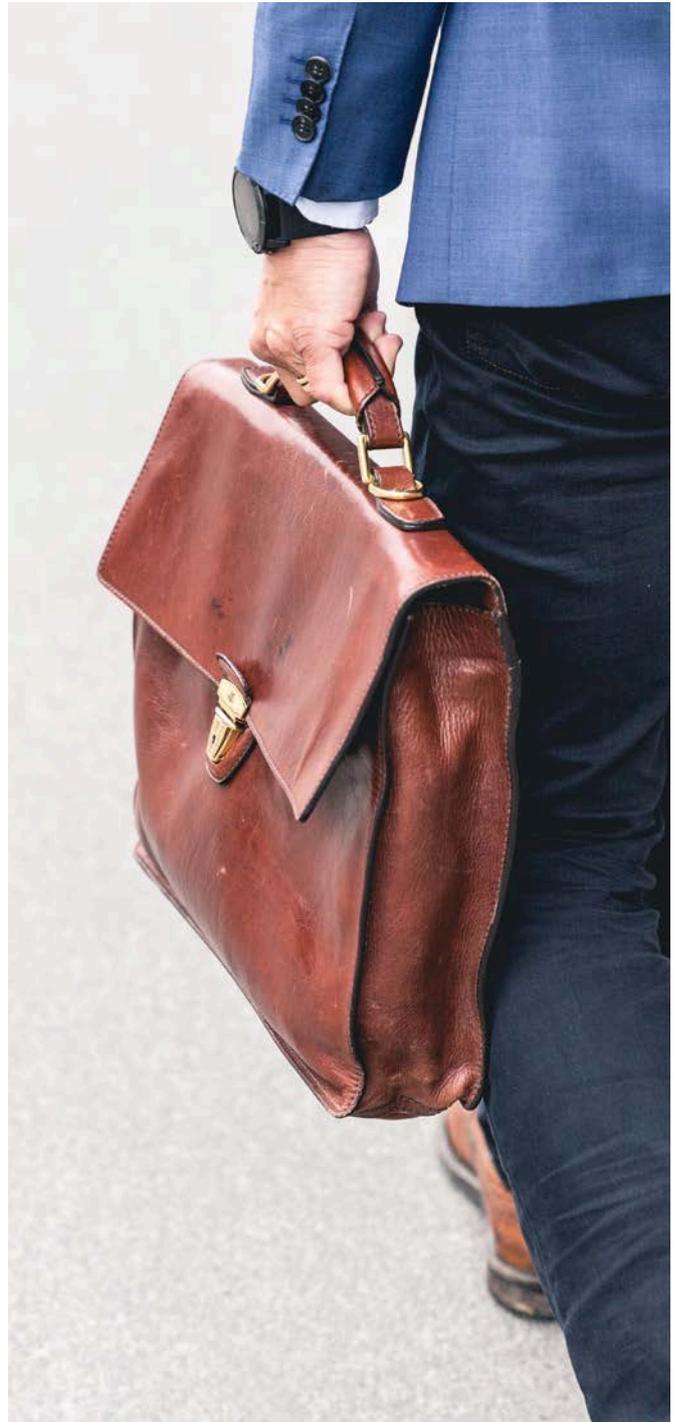
7. Para profundizar, *vid. AGUILERA GORDILLO, R.; Manual de Compliance Penal en España (2a Edición)*, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2022. En particular, los siguientes epígrafes: 1.2. Autoorganización y responsabilidad penal por hecho propio: consideraciones críticas y necesidad de actualizar la base socio-legal de la responsabilidad penal de la persona jurídica; 3.I. Persona física y acción social sobre el cumplimiento: desde la elección racional (fundamentos criminológicos y socio-legales) hasta el «behavioral Compliance» y 5.VII. Otros aspectos clave: la cuestión de la «eficacia», estrategias de optimización del cumplimiento en entornos corporativos y la «pericial de Compliance».

Cómo síntesis de los múltiples planteamientos que emergen sobre el dolo y la imprudencia en la persona jurídica es pertinente traer a colación las afirmaciones de GÓMEZ TOMILLO<sup>8</sup>:

«...caben, al menos, cuatro opciones. En primer lugar, estimar que, en el caso de delitos, o infracciones administrativas, cometidos por personas jurídicas **no es posible diferenciar entre infracciones dolosas o culposas**, considerando que se trata de categorías elaboradas fundamentalmente pensando en las personas físicas que no admiten ser extrapoladas a los entes colectivos. En segundo lugar, cabe realizar una **construcción particular del dolo o de la culpa de las personas jurídicas**. Una tercera opción es **tomar como punto de partida el carácter doloso o imprudente de la persona o personas físicas que han actuado para la sociedad, empresa o asociación infractora de que se trate**. Por fin, cabe **estimar que la responsabilidad penal de la persona jurídica es puramente objetiva...**

[...]

En cuanto a las construcciones efectuadas ad hoc para las personas jurídicas, carecen de sentido en la medida en que tratan de efectuar una distinción sobre la base de conceptos que han sido elaborados pensando en personas naturales.»



---

8. GÓMEZ TOMILLO, M.; *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Ed. Lex Nova, Valladolid, 2010, pp. 155-156. Además, es relevante que el autor no sitúe el dolo y la culpa de la persona jurídica en el tipo de injusto, sino que lo hace en el juicio de culpabilidad. Se trata de un enfoque bastante extendido en la doctrina donde, desde una sólida posición, se estima que la noción de defecto de organización se sitúa en la culpabilidad -y que será más censurable cuando la conducta delictiva de la persona física que protagoniza el delito se desarrolla con dolo-. Desde esta postura, se viene a analizar en la culpabilidad la virtualidad del *Compliance program penal*. Respecto a dónde sitúa la jurisprudencia la noción de defecto de organización de la persona jurídica dentro de la teoría del delito, vid. Report 5: [Tres autos cruciales sobre Compliance de la Audiencia Nacional](#), del Compliance Advisory LAB.



Respecto a estas opciones, procede señalar lo siguiente: la primera y cuarta parece que, de momento, han quedado relegadas del primer plano del debate. La segunda modalidad, aquella que propugna que puede extraerse el **dolo o la culpa analizando exclusivamente a la propia persona jurídica** (considerada como ente autónomo con cualidades pseudohumanas y capacidad de actuación bajo tales elementos), es mantenida por quienes defienden un estricto modelo sistémico de autorresponsabilidad. Bajo esta tesis, se asume que la persona jurídica puede actuar con *dolo o imprudencia propios* al entender que el ente es un sistema con supuesta capacidad para autoorganizarse, con independencia del sustrato humano que compone la organización y de quienes ocupan puestos relevantes (órgano de administración, directivos, *Compliance officers*, etc.). Ante la evidente imposibilidad de recurrir a los criterios e indicadores que se utilizan para examinar a las personas físicas, se construyen nociones ficticias para tratar de extraer si existe dolo o imprudencia en el ente corporativo. Así, se aborda el aparente “conocimiento” propio que detenta la persona jurídica sobre los niveles de riesgo en confluencia con la ausencia su voluntad de control de riesgos mostrada, por ejemplo, con la observancia de estándares o sistemas de cumplimiento y control de riesgos. Esta postura se enfrenta a las críticas de una parte notable de la doctrina, que afirma que el tipo subjetivo, por su propia naturaleza, resulta incompatible con la persona jurídica<sup>9</sup> y que la implementación eficaz de los estándares o de los sistemas de *Compliance* se consideran en otro estadio del análisis distinto al subjetivo.

Por otro lado, nos encontramos con la tercera opción (predominante, al menos de momento). Desde esta postura se afirma que, **para dilucidar si hay dolo o imprudencia, debe recurrirse al individuo o individuos que -realmente- protagonizaron la conducta delictiva** (dado que uno de los presupuestos para que pueda activarse la responsabilidad penal de la persona jurídica es que exista un delito realizado por persona física). En este marco, la persona jurídica constituye una ficción sin capacidad real para desear o querer algo; son los sujetos que la constituyen y que forman parte de la misma los que -realmente- pueden detentar dichas características y quienes usan a la persona jurídica como herramienta jurídica o cauce cooperativo para lograr unos fines. Esta opción parece gozar de mayor solidez, tanto desde un enfoque jurídico-penal como desde un punto de vista ético (persona como sujeto capaz de deliberar, reflexionar libremente acerca de sus propios actos e incorporar elementos de tendencia que dimanan de su propia psique). Por tanto, únicamente son las personas físicas quienes son capaces de realizar intencional o negligentemente un comportamiento. No obstante, entre la segunda y tercera opción existen varias posiciones y subtesis, pero cabe señalar que la mayor parte de estos enfoques parten de que, necesariamente, ha de existir como presupuesto un delito de persona física que interviene en el ámbito y beneficio de la persona jurídica (conforme a lo señalado en el apartado 1 del 31 bis C.P.).

9. Alguno de estos autores son BACIGALUPO ZAPATER, DEL ROSAL BLASCO, ZUGALDÍA ESPINAR, etc.

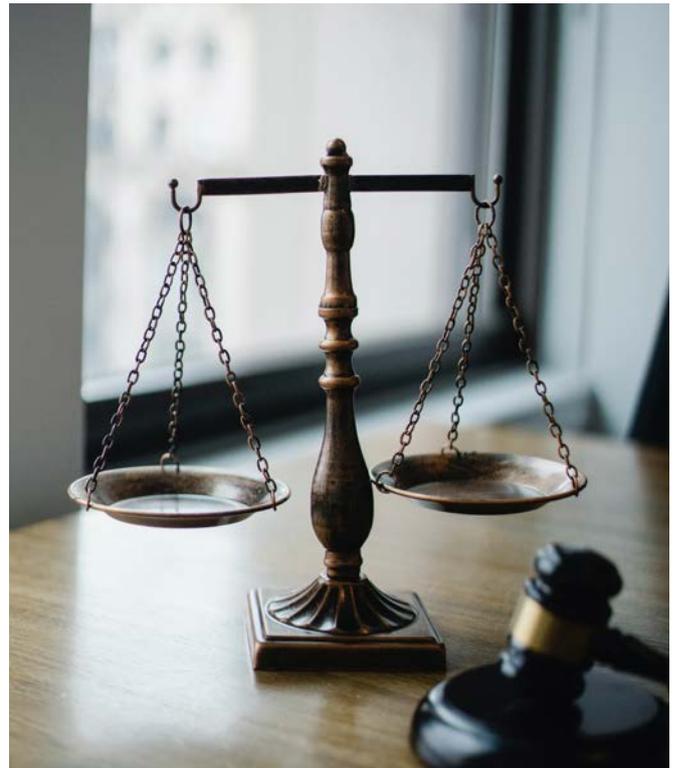
DEL MORAL expone: «El “culpable” de esa acción delictiva será el empleado. También podrá decirse que el administrador encargado de vigilar a ese empleado incurrió en una conducta imprudente al no establecer las debidas medidas de control: ¿es eso culpa de la persona jurídica? Si se quiere, llámesele así, pero es culpa del administrador (o administradores). Es verdad que también podríamos seguir la cadena y encontraríamos a otras personas (accionistas mayoritarios, v. gr.) a las que podría dirigirse cierto reproche por haber elegido como administrador a alguien que no era merecedor de esa confianza, porque carecía de las cualidades debidas para «controlar» adecuadamente a los empleados de la empresa. ¿Llamaremos a eso culpabilidad de la sociedad? Se podrá decir que sí, pero también será una ficción: la culpa solo será atribuible en su caso a las personas físicas accionistas que eligieron a esa persona, pero no a los que votaron en contra. Y, desde luego, en el menor -que es al final el que padecerá la pena en mayor medida, si no única- por más que nos empeñemos no seremos capaces de hallar ni una gota de culpabilidad.

En último término toparemos siempre con una o varias personas físicas que han realizado acciones más o menos reprobables, bien intencionadamente, bien negligentemente. Será solo la conducta de una persona, o la confluencia de las conductas de varios o muchos vinculados a la empresa. Si queremos denominar a esa confluencia de conductas individuales culpables o a la de uno especialmente relevante «culpabilidad de la sociedad», de acuerdo; pero no nos engañemos diciéndonos que con eso queda a salvo el principio de culpabilidad tal y como se ha entendido siempre. Estaremos predicando de la persona jurídica, lo que ha sido la culpabilidad de una o varias personas físicas». En [A vueltas con los programas de cumplimiento y su trascendencia penal](#), en Revista de jurisprudencia, octubre, 2017.

Aunque no procede detenernos a analizar cada una de las posiciones intermedias, es oportuno indicar que persiguen respetar la visión convencional del principio de culpabilidad y, a su vez, reforzar la existencia de un injusto propio del ente -separado del protagonizado por la persona física-; se trata de reforzar la noción de defecto estructural de organización como fundamento nuclear de la culpabilidad propia sustentado en un *incumplimiento grave* del ente corporativo (como cauce para responsabilizarle subjetivamente). Desde esa óptica, la existencia de un contexto corporativo que posibilitó la materialización de un riesgo no permitido (p. ej.: por inaplicación de las exigencias de un *Compliance*<sup>10</sup> u otros estándares o normas focalizadas en el control de riesgos) y la vinculación causal con el previo delito de persona física pueden sustentar esa imputación subjetiva. Este tipo de enfoques reciben ciertas críticas como: que se está defendiendo una construcción donde, en puridad, la persona jurídica es sancionada por infringir un *deber de cuidado*, lo que implica que -realmente- la conducta de la persona jurídica sería -siempre- imprudente o que, si se castiga a la persona jurídica porque no actuó adecuadamente para controlar riesgos, se está aplicando una especie castigo *por participación por omisión en delito ajeno*<sup>11</sup>, etc.

En cualquier caso, al margen de los diversas perspectivas, **queda fuera de toda duda que el análisis previo o inicial ha de focalizarse sobre la persona física que protagonizó el hecho de conexión o conjunto de elementos contemplados en las letras a) o b) del apartado 1 del art. 31 bis C.P. ], pues no podemos ignorar que la comisión de un delito por parte un directivo, supervisor, mando intermedio o trabajador subordinado (realizado en su ámbito funcional dentro del perímetro de la persona jurídica y generando un beneficio al ente) constituye presupuesto necesario para la activación de la responsabilidad penal de la persona jurídica**<sup>12</sup>. Y esa

conducta ilícita de quien actúa en el ámbito de la organización debe subsumirse en alguno los tipos penales incluidos en el sistema de *numerus clausus* de delitos para los que se contempla la responsabilidad penal corporativa y **resultarle imputable objetiva y subjetivamente, de modo que, una vez superado el filtro de la imputación objetiva debe apreciarse dolo o, si se prevé un tipo negligente, imprudencia.**



10. GALÁN MUÑOZ, A.; *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, Ed. Tirant Lo Blanch, pp. 242-243.

11. LASCURÁIN SÁNCHEZ, JA.; *¿Penamos a la persona jurídica por conductas de participación?*, en *Almacén del Derecho*. Donde asevera que «como algunos autores han puesto de manifiesto, la responsabilidad penal de las personas jurídicas no es sino una especie de participación omisiva en el delito individual...»

Recurso disponible en <https://almacendederecho.org/penamos-a-la-persona-juridica-por-conductas-de-participacion>

12. En este caso, por supuesto, por delito nos referimos a desarrollo de una conducta típica y antijurídica de empleado o directivo, dado que el carácter culpable en tal acción u omisión queda excluido del análisis en el sistema de responsabilidad penal corporativo (de conformidad con lo dispuesto en el apartado 3 del 31 bis C.P.).

La STS número 154/2016, de fecha 29 de febrero señaló: «...el sistema de responsabilidad penal de la persona jurídica se basa, sobre la previa constatación de la comisión del delito por parte de la persona física integrante de la organización como presupuesto inicial de la referida responsabilidad, en la exigencia del establecimiento y correcta aplicación de medidas de control eficaces que prevengan e intenten evitar, en lo posible, la comisión de infracciones delictivas por quienes integran la organización.»

Y así nos lo recuerda el Auto, abordado en el anterior report, de 29 de julio de 2021 del J.C.I. no 6 de la Audiencia Nacional: «...a la hora valorar en las fase preparatoria la posible responsabilidad penal de la persona jurídica, debemos distinguir entre el “fundamento” de la responsabilidad del ente (incumplimiento de la obligación de adoptar medidas o sistemas orientados a controlar y evitar la comisión de determinados delitos), y “el presupuesto” para que dicha responsabilidad pueda surgir (la comisión de alguno de los delitos que pueden ser cometidos por la persona jurídica según el Código Penal por parte de algunas de las personas y en las condiciones establecidas en el artículo 31 bis y siguientes del CP), en el buen entendimiento que la persona jurídica no responde por el hecho del tercero, sino por haber sido posible, o por haber facilitado el delito, por la ausencia de una cultura de respeto al Derecho, como fuente de inspiración de la actuación de su estructura organizativa (autorresponsabilidad). [...]»

Para que la persona jurídica sea condenada, se precisa, primero, la comisión de uno de los delitos que, previstos en la parte especial del Código Penal, operan como delito antecedente, tal como aparece contemplado en el artículo 31 bis; segundo, que el delito haya sido cometido por una de las personas en dicho precepto mencionadas. Y tercero, además, será necesario establecer que las medidas de prevención podrían haber evitado su comisión.

Por lo tanto, a la persona jurídica se le imputa el mismo delito que se imputa a la persona física, en el cual, generalmente, participará a través de una omisión de las cautelas obligadas por su posición de garante legalmente establecida, tendentes a evitar la comisión de determinados delitos. No se trata, pues, de una imputación independiente de la realizada contra la persona física, sino que tiene a ésta como base necesaria de las consecuencias penales que resultarían para la persona jurídica...»

## 2. Dos conceptos limítrofes de consecuencias relevantes para la persona jurídica: dolo eventual e imprudencia consciente.

Como se apuntaba al inicio de este texto, las consecuencias derivadas del hecho son significativamente diferentes según el órgano juzgador infiera que hubo dolo o imprudencia. **De apreciar imprudencia**, salvo en los cinco delitos para los que sí se contempla la responsabilidad penal de las personas jurídicas bajo la modalidad culposa, **procedería la absolucón de la corporación, nada más y nada menos**. Por ello, resulta particularmente importante extraer los rasgos distintivos de ambos títulos de imputación subjetiva, pero muy especialmente de las subcategorías limítrofes: la culpa con mayor grado de consciencia y el dolo con menor grado de voluntariedad. Y es que, **la imprudencia consciente y el dolo eventual son dos conceptos, totalmente ligados al «tratamiento del riesgo» y su «juicio probabilístico», tan próximos o contiguos que la labor de distinción resulta verdaderamente compleja**. Es más, podríamos llegar a decir que, en más de un supuesto, es difícil tener certeza sobre dónde nos situamos. Se trata de un asunto que, como vamos a ver, no sólo incide sobre la persona jurídica, sino que afecta a directivos o miembros de órganos con competencias decisorias asociadas al tratamiento del riesgo en los contextos corporativos e, incluso, a otras personas jurídicas.

El punto de partida de este examen podría ser que, en la *conducta imprudente*, el sujeto realiza el comportamiento delictivo con ausencia de voluntad y conocimiento acerca de la ilicitud del hecho, pero *infringe una norma de cuidado o la debida diligencia* que tendría que haber sido criterio rector de su actuación; asimismo, el resultado delictivo debe ser previsible pues, de no serlo, sería imposible poder exigir una diligencia debida en la actuación -al no conocer que podría llegarse a producir<sup>13</sup>-. El autor ha generado un riesgo desaprobado y, para evaluarlo en la esfera subjetiva, siempre debe realizarse un «juicio ex ante» del desarrollo del concreto comportamiento, un análisis bajo la óptica de un sujeto que tendría los conocimientos del autor y que se situaría en ese mismo contexto.

Por otro lado, en la *conducta dolosa* el autor sabe -conoce- que está actuando con la concurrencia de los elementos del tipo penal, se trata de un ataque consciente o voluntario contra un bien jurídico protegido. *A priori*, puede entenderse que, en el dolo, concurre la existencia de componente intelectual (sabe que se dan los elementos del tipo y el peligro que genera la conducta) y volitivo (quiere que se dé el resultado delictivo)<sup>14</sup>.

---

13. LUZÓN PEÑA, incide: «Ahora bien, aparte de la vulneración del deber de cuidado, la cual es imprescindible que exista para que se trate de un delito imprudente, también es necesario que el resultado producido fuese previsible, puesto que de no serlo no se puede exigir dicho deber o actuar diligente, ya que no habría manera de conocer que se iba a producir dicho resultado típico». En LUZÓN PEÑA, D.M. *Lecciones de Derecho Penal*, Ed. Tirant Lo Blanch, 2016, p.280.

Subrayado añadido.

14. En ese ámbito, podemos encontrar con las dos submodalidades de dolo directo: de primer grado y de segundo grado. De manera sintética, en el dolo directo de primer grado el sujeto conoce y quiere realizar la conducta típica, mientras que en el dolo directo de segundo grado o de consecuencias necesarias, el sujeto conoce los elementos con menor grado de certidumbre y, aunque no desea como objetivo prioritario el tipo penal, sí lo asume como necesario y se incluye en su ámbito volitivo (actúa con voluntad de ocasionarlo).

Ahora bien, **se discute sobre si, para inferir el dolo, resulta necesaria la concurrencia de esos dos elementos (intelectual y volitivo)** en el sujeto o, en cambio, basta con apreciar uno de aquellos. En este campo, existe un importante debate respecto a si para considerar una conducta dolosa, además de que el sujeto conozca los elementos del tipo y riesgo que genera, debe requerirse un componente volitivo pleno sobre su materialización (incluyendo el resultado, en los delitos de resultado) o, en cambio, nos podemos limitar a considerar la mera asunción de un riesgo elevado de que puedan darse tales elementos. Cuestiones como las apuntadas nos conducen a las distintas **teorías que se utilizan para distinguir el dolo -eventual- de la imprudencia o culpa -consciente-**. Veamos cuáles son los criterios que contemplan y abordemos cuál es la tesis que acoge y aplica el Tribunal Supremo.

A un lado se encuentra la **tesis de la aprobación o del consentimiento** sobre el dolo. Una teoría que se centra en la voluntad del sujeto, de modo que el principal factor diferenciador entre *dolo eventual* y la *imprudencia consciente* es, precisamente, que el autor acepte o apruebe el probable resultado. Bajo esta teoría se considera un factor muy débil el que, simplemente, el autor se plantee que con su conducta es probable que se produzca el resultado. Por ello, para apreciar dolo se exige que lo apruebe. Y puede apreciarse tal aprobación o consentimiento necesario para que exista *dolo eventual* en aquellos casos en que el autor, previendo como posible la realización del tipo, actuara igualmente que si lo hubiera previsto como seguro<sup>15</sup>. Como se indicaba con anterioridad, para distinguir el dolo de la imprudencia debemos realizar un **juicio ex ante donde, sin conocer la certeza del resultado que finalmente se produjo, se analice si el autor quiso o no generar ese resultado**. Si en ese juicio hipotético *ex ante* puede extraerse que el autor, de haber conocido el resultado ulterior que generó, sí habría desarrollado su conducta existe *dolo eventual*, por el contrario, si se extrae que el autor no habría desarrollado su conducta, se ha de apreciar una imprudencia. Así, por ejemplo, no existiría dolo en un la conducta de un directivo o administrador que, de haber sabido que al tomar una determinada decisión iba a materializarse un delito, no la hubiese adoptado. En síntesis, el elemento volitivo o voluntad que se infiere tiene un peso determinante para discriminar el aspecto subjetivo<sup>16</sup>.

Frente a esta teoría, se sitúa otra sustentada en una concepción cognitiva del dolo, una tesis donde, **por encima de la voluntad del sujeto, se encuentran sus conocimientos acerca de la probabilidad o previsión del riesgo** de materialización del delito que genera su conducta. Para la **teoría de la probabilidad o de la representación**, si el sujeto se representa el resultado como altamente probable (a pesar de que no desee su acaecimiento), existe *dolo eventual*. Por el contrario, si no era altamente previsible, existirá *imprudencia consciente*. El deseo o elemento volitivo del sujeto que desarrolla el comportamiento delictivo es indiferente, lo trascendente es el conocimiento que tenga acerca del grado de probabilidad. De tal modo que, si se infiere que el sujeto conocía que existía un 95% de probabilidad de que se produjera el resultado, existiría un comportamiento doloso. En esta tesis, **la probabilidad de materialización del resultado que maneje el sujeto tiene una importancia crítica**. Y ello, con independencia de las fuentes que le permiten incorporar esa información a su psique o del modo en que se represente la probabilidad (ya sea mediante porcentaje, índice u otras fórmulas). Lo decisivo a la hora de apreciar *dolo eventual* es que en ese **juicio probabilístico** que se realiza *ex ante* se pueda extraer que conocía la existencia de un elevado porcentaje de materialización.

A este respecto, otro aspecto discutible es **dónde se abandona el «territorio» de la imprudencia y situamos la frontera probabilística que marca el comienzo del dolo eventual. ¿Se sitúa cuando existe más de un 75% de probabilidad de que acaezca el riesgo, más de un 79%, de un 85%, de un 90%?** No olvidemos que, en el ámbito empresarial, las consecuencias penales para el sujeto o sujetos que intervienen y para la propia persona jurídica pueden ser diferentes, y especialmente incisivas según se aprecie *dolo eventual* o *imprudencia consciente*. Como hemos visto, si el juzgador infiere que la conducta fue dolosa, cabría la condena del sujeto que protagoniza la conducta (salvo causa que excluya la culpabilidad o la punibilidad) y la condena de la propia persona jurídica<sup>17</sup>. Asimismo, podrían aplicarse las otras **fórmulas de ampliación de la tipicidad** o cauces de extensión punitiva, que operan cuando el sujeto que protagoniza el delito actúa dolosamente: **la condena por tentativa y la condena a los partícipes**. Es decir, si se aprecia dolo, se podría condenar al sujeto y a la empresa por la comisión de un **delito en grado de tentativa y/o a otros sujetos y otras personas jurídicas por su participación en el delito**; más adelante profundizaremos en ello.

15. RAGUÉS I VALLÈS, R.; *La atribución del conocimiento en el ámbito de la imputación dolosa*, tesis doctoral, p. 68. Como afirma se trata de la traslación de la conocida como primera fórmula de Frank: «el bandido habría disparado igualmente aunque hubiera sabido que se produciría la muerte. El fumador habría apagado el cigarrillo si hubiera sabido que iba a caer una chispa en la cama y que la casa iba a arder. La previsión del resultado como posible sólo sirve para el concepto de dolo cuando la previsión del mismo como seguro no habría detenido al autor, no habría tenido el significado de un contramotivo decisivo (...) Esto es lo que por aquí y por allá se denomina "consentimiento"». En FRANK, ZSiW, 10, 1890, pp. 210-211.

16. Existen otras tesis que viene a modular una visión estricta de la teoría del consentimiento. Por ejemplo, la tesis del sentimiento, que toma en cuenta el tratamiento que da el autor al bien jurídico que protege el tipo penal. Si se aprecia una total indiferencia o desconsideración hacia ese bien jurídico, cabría la imputación bajo dolo -eventual-.

17. Por cualquiera de los delitos del catálogo de delitos del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Pues bien, frente a la existencia de estas dos tesis, el Tribunal Supremo aplica una «teoría ecléctica» en la cual, partiendo del análisis del proceso decisorio del sujeto, se conjugan algunos componentes de ambas tesis. No obstante, cabe avanzar que, desde mi punto de vista, esta teoría se encuentra mucho más cerca de los postulados -objetivistas- de la teoría de la representación que de los criterios de la teoría del consentimiento. La tesis ecléctica que sigue la doctrina jurisprudencial ahonda sus raíces en una teoría de la decisión, basada en los postulados de la elección racional (que expone que los procesos de *decision making* se someten al filtro de criterios lógicos y reflexivamente aplicados por el ser humano, teniendo en cuenta costes/beneficios, aspiraciones, etc.<sup>18</sup>). Esta tesis conjuga que el sujeto conozca la existencia de una elevada probabilidad de materialización del riesgo generado de su conducta y que se presente conformidad o consienta ese factor. El elemento cognitivo se evidencia en el conocimiento de la probabilidad y el volitivo en la aceptación del riesgo que genera su conducta (obviando si existe aceptación concreta del resultado). Hay *dolo eventual*, por tanto, si el sujeto desarrolla un comportamiento que, desde un punto de vista racional, genera un riesgo elevado de lesión del bien jurídico y, a pesar de ello, lo acepta. Por el contrario, no existe *dolo eventual* y si hay culpa consciente no existe un riesgo elevado de lesión (el factor probabilístico resulta esencial).

En este punto, resulta pertinente traer a colación la STS número 333/2020 de 19 de junio<sup>19</sup>. Se trata de una sentencia que, al abordar un homicidio, recoge los puntos clave de la tesis ecléctica acogida y los criterios para discernir entre *dolo eventual* e *imprudencia consciente*. Sin duda, dicha resolución constituye una de las más ilustrativas y recientes sentencias del Tribunal Supremo sobre esta cuestión. Especialmente significativo es lo contenido en el Fundamento de Derecho Cuarto:

«En realidad, la voluntad de conseguir el resultado no es mas que una manifestación de la modalidad más frecuente del dolo, en el que el autor persigue la realización de un resultado, pero no impide que puedan ser tenidas por igualmente dolosas aquellas conductas en las que el autor quiere realizar la acción típica que lleva a la producción del resultado, o que realiza la acción típica, representándose la posibilidad de la producción del resultado. Lo relevante para afirmar la existencia del dolo penal es, en esta construcción clásica del dolo, la constancia de una voluntad

dirigida a la realización de la acción típica, empleando medios capaces para su realización. Esa voluntad se concreta en la acreditación de la existencia de una decisión dirigida al conocimiento de la potencialidad de los medios para la producción del resultado y en la decisión de utilizarlos. Si, además, resulta acreditado la intención de conseguir el resultado, nos encontraremos ante la modalidad dolosa intencional en la que el autor persigue el resultado previsto en el tipo, en los delitos de resultado.

Pero ello no excluye un concepto normativo del dolo basado en el conocimiento de que la conducta que se realiza pone en concreto peligro el bien jurídico protegido, de manera que en esta segunda modalidad el dolo radica en el conocimiento del peligro concreto que la conducta desarrollada supone para el bien jurídico, en este caso, vida (véanse S.T.S. de 8 de marzo de 2.004, 10 de diciembre de 2.004 y 14 de febrero de 2.005, entre otras muchas)»<sup>20</sup>

Por tanto, hay dolo si un sujeto actúa por encima de los niveles de riesgo permitidos, conoce la existencia de unos niveles de riesgo elevados respecto a la probabilidad de que se materialice la lesión y, a pesar de ello, actúa mostrando indiferencia respecto a ello. En este sentido, otro de los fragmentos especialmente significativos del referido Fundamento de Derecho Cuarto es el siguiente:

«3.- El conocimiento del peligro propio de una acción que supera el límite de riesgo permitido es suficiente para acreditar el carácter doloso del comportamiento.

La indiferencia respecto a unos resultados graves. [...]

Así obrará con dolo el que haya tenido conocimiento de dicho peligro concreto y desaprobado jurídicamente, pues habría tenido conocimiento de los elementos del tipo objetivo, que caracterizan precisamente al dolo.

La aceptación del resultado existe cuando el agente ha preferido la ejecución de la acción peligrosa a la evitación de sus posibles consecuencias.

Así, volviendo a la ya citada sentencia 348/1993, de 20 de febrero, la jurisprudencia de esta Sala, ha llegado a una situación ecléctica, conjugando las tesis de la probabilidad con la del consentimiento, estimando que

18. Ampliamente en AGUILERA GORDILLO, R.; *Manual de Compliance Penal en España*, 2ª Edición, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2022. En concreto, epígrafe 3.I. Persona física y acción social sobre el cumplimiento: desde la elección racional (fundamentos criminológicos y socio-legales) hasta el behavioral Compliance.

19. Pte.: Excmo. Sr. D. Vicente Magro Servet.

20. Subrayado y negrita añadidos

el dolo eventual exige la doble condición de que el sujeto conozca o se represente la existencia en su acción de un peligro serio e inmediato de que se produzca el resultado y que, además, se conforme con tal producción y decida ejecutar la acción pretendida asumiendo la eventualidad de que aquel resultado se produzca, pero en todo caso, es exigible la conciencia por el autor del riesgo elevado de producción del resultado que su acción contiene".»

Asimismo, esta resolución del Alto Tribunal destaca el criterio sustantivo que nos permite distinguir el dolo eventual de la culpa o imprudencia consciente dentro de la tesis ecléctica que acoge: la probabilidad de materialización del riesgo o lesión del bien jurídico. Así lo expone en el punto 4 del Fundamento de Derecho Cuarto, cuando dice:

«...A diferencia del dolo directo, donde el agente quiere el resultado, y el directo de segundo grado, donde dicho resultado se representa como una consecuencia inevitable de la acción, que admite el autor, **en el llamado dolo eventual el agente se representa el resultado como posible.**

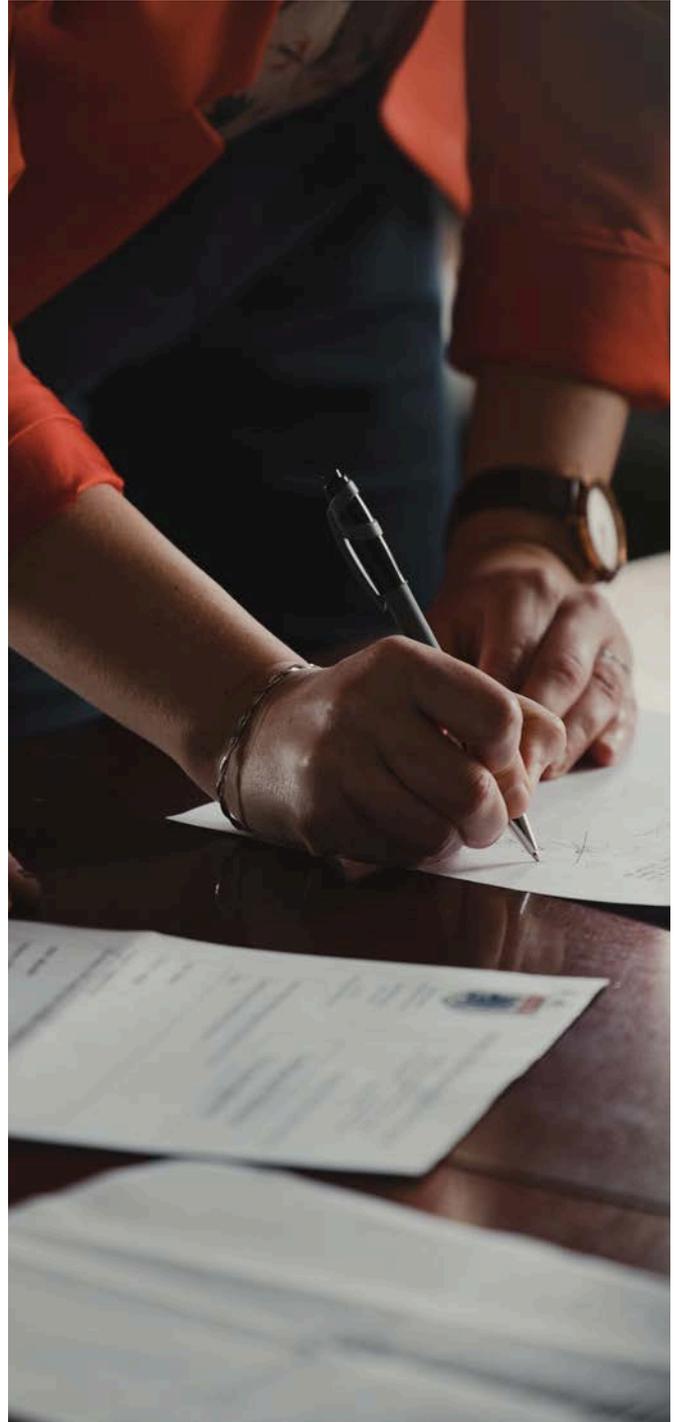
Por otra parte, en **la culpa consciente no se quiere causar la lesión del bien jurídico, aunque también se advierte su posibilidad**, y, sin embargo, se actúa. Se advierte el peligro pero se confía que no se va a producir el resultado.

Por ello, existe **en ambos elementos subjetivos del tipo una base de coincidencia: advertir la posibilidad del resultado, pero no querer el mismo.**

Para la teoría del consentimiento habrá dolo eventual cuando el autor consienta y apruebe el resultado advertido como posible.

La teoría de la representación se basa en el grado de probabilidad de que se produzca el resultado, cuya posibilidad se ha representado el autor.

Sin embargo, la culpa consciente se caracteriza por que, aun admitiendo dicha posibilidad, se continúa la acción en la medida en que el agente se representa la producción del resultado como una posibilidad muy remota.<sup>21</sup>»



21. Subrayado y negrita añadidos.

El fragmento destacado de la resolución continúa diciendo: «En síntesis, en el dolo eventual si el autor hubiese conocido de antemano la producción del resultado hubiese continuado el curso de la acción, mientras que en la culpa consciente dicho conocimiento le hubiese hecho desistir de la misma. Otras teorías explican el dolo eventual desde una perspectiva más objetiva, en la medida que lo relevante será que la acción en sí misma sea capaz de realizar el resultado prohibido por la Ley, en cuyo caso el consentimiento del agente quedaría relegado a un segundo plano, mientras en la culpa consciente el grado de determinación del resultado en función de la conducta desplegada no alcanza dicha intensidad, confiando en todo caso al agente que aquél no se va a producir (STS 806/01).

Tanto en un caso como en otro la caracterización del elemento culpabilístico no está en función de la voluntad, sino del riesgo para lesionar el bien jurídico que lleva consigo la acción realizada que excede el límite de lo permitido y en función de su intensidad se dará el dolo eventual o la culpa consciente".»

Podría, por tanto, apreciarse imprudencia a pesar de que el sujeto esté protagonizando una acción con cierto grado de conocimiento de su peligrosidad (*imprudencia consciente*)<sup>22</sup>; sin embargo, **bajo esta modalidad el sujeto debe creer o tener la confianza de que esa conducta no acarreará, finalmente, resultado lesivo. Para sustentar esa creencia han de existir motivos o informaciones que permitan fundamentarla (por ejemplo, niveles escasos o muy bajos de probabilidad).** Sobre este particular, POLAINO NAVARRETE afirma<sup>23</sup>:

**«habrá dolo eventual si el autor, consciente del peligro de sus actuaciones, acepta que se produzca el resultado típico. En cambio, habrá imprudencia consciente cuando el autor es conocedor de la peligrosidad de sus acciones, tal como hemos manifestado con anterioridad, y no acepta el resultado, sino que confía en que no se producirá el mismo, ya sea por sus aptitudes o porque subestima el peligro causado».**

Aquí, emerge otro punto que incide de manera directa en el ámbito del *Compliance* corporativo, especialmente sobre administradores, directivos y órganos de control con formación en *Compliance* y que:

- a) tengan acceso a las informaciones sobre índices o porcentajes sobre los niveles de riesgo que dimanen de las tareas asociadas al *risk management* (por ejemplo, mapas de riesgos).
- b) recurran a herramientas digitales de análisis de riesgos de *Compliance* o *software de risk analytics* como soporte o apoyo en sus decisiones.

En ese marco, puede lanzarse el siguiente interrogante ligado al propio **diseño y ejecución del sistema de *Compliance* de la persona jurídica**, en cuyo ámbito uno o varios de sus miembros cometen el delito en beneficio de aquella:

## ¿Qué impronta puede tener en la imputación subjetiva el previo conocimiento de que, en el «mapa de riesgos penales corporativos», constaba una probabilidad elevada de materialización del riesgo concreto?

Dado que el grado de conocimiento o nivel de representación de acaecimiento de dicho riesgo constituye un factor relevante para valorar el aspecto subjetivo, hay quienes podrían considerar que, **el hecho de que el autor haya accedido a esa información probabilística sobre el riesgo** o, incluso, participado en la elaboración del mapa de riesgos penales corporativos, debería ser tenido muy en cuenta. Desde esta perspectiva, si un sujeto de la corporación toma una decisión especialmente comprometida o conectada con algún riesgo de trascendencia penal y el riesgo se materializa, pero el mapa de riesgos del que tenía conocimiento arrojaba que la probabilidad de materialización del riesgo tenía unos niveles reducidos, nos encontraríamos con un factor que sí podría utilizarse para rebatir la inferencia de un posible *dolo eventual* (el autor disponía de información previa que ilustraba de una baja probabilidad y ello merece tenerse en consideración, apreciando *culpa consciente*). Y, a la inversa, el hecho de que un miembro de la empresa tome una decisión que afecta a un riesgo penal sobre el que dispone de una información que le advertía de la alta probabilidad de acaecimiento, incrementaría sobremanera las opciones de que el juzgador infiera *dolo eventual*. Con todo, este enfoque podría ser refutado argumentando que una cuestión es la información general, en abstracto y un tiempo anterior relativamente considerable al acaecimiento del riesgo, y otra muy distinta es el particular conocimiento de los niveles o probabilidad del riesgo en las concretas circunstancias que preceden a la materialización dimanante de la singular decisión del sujeto desarrollada en el ámbito de sus funciones.



22. Entre muchas otras, las siguientes sentencias abordan esta cuestión: STS número 54/2015, de fecha 11 de febrero de 2015 y la SAP Las Palmas número 10/2019 de 14 de febrero.

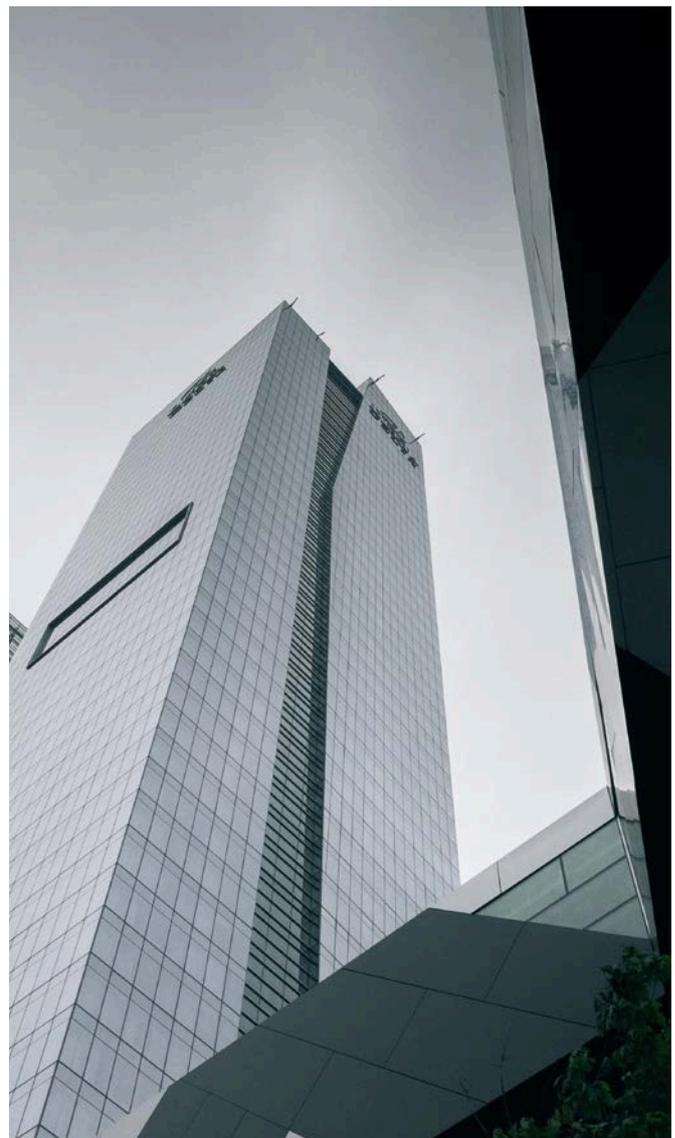
23. POLAINO NAVARRETE, M.; *Lecciones de Derecho Penal Parte General*, Ed. Tecnos, 2019, p. 126.

Por otro lado, **respecto a los procesos de toma de decisiones que realizan los órganos con capacidad ejecutiva en contextos corporativos auxiliados por softwares de Compliance o de herramientas de risk analytics**, puede afirmarse lo siguiente: resulta palpable que, en el seno de las empresas, se está recurriendo cada vez más al uso de softwares que aportan datos probabilísticos o estimaciones sobre riesgos. Ese tipo de **informaciones sobre probabilidades facilitadas por programas informáticos de Compliance o de risk analytics (que recurren al big data y machine learning) podrían jugar un papel determinante en el proceso de inferencia (dolo vs. imprudencia)**. Por supuesto, como se apuntaba anteriormente, su virtualidad podría discutirse y variar en función de la inmediatez y similitud con el concreto riesgo. No obstante, podrían resultar más trascendentales para extraer o inferir el aspecto subjetivo de lo que, en un principio, puede parecer; por ello, antes de seleccionar el auxilio de una u otra herramienta, debe reflexionarse acerca de factores como: qué algoritmos lo sustentan, cómo funcionan realmente, si permiten extraer evidencias claras de la información que facilita, etc. Asimismo, como resulta lógico, puesto que el nivel de conocimiento del sujeto se tiene en consideración, el **grado de especialización y la formación que vaya recibiendo**, también constituyen factores determinantes en el juicio de inferencia sobre el aspecto subjetivo y han de tenerse muy en cuenta en la persona jurídica.

Lo expuesto sobre la dificultad para discernir entre *dolo eventual* e *imprudencia consciente* y sus consecuencias nos permite deducir la función crucial que, en un eventual escenario judicial, pueden desempeñar los documentos físicos, evidencias digitales o **periciales, que ilustren al órgano juzgador acerca del riesgo penal apreciado por el sujeto y el real en el momento en el que éste protagonizó la conducta delictiva**.

Además, ese tipo de elementos no solo resultan convenientes para efectuar un adecuado **juicio hipotético ex ante sobre la probabilidad** de materialización de lesión del bien jurídico, sino que constituyen soportes idóneos para analizar **posibles sesgos cognitivos<sup>24</sup> y heurísticas que, al margen de las informaciones o datos objetivos, pueden afectar a cualquier sujeto que toma decisiones en una empresa (y muy especialmente en aquellas decisiones ligadas a riesgos)**. Por ello, se le debería prestar una mayor atención a ese tipo de factores en sede judicial. De hecho, hasta el propio órgano juzgador es susceptible de verse influido por el conocido como «sesgo de resultado» a la hora de

inferir si la conducta del sujeto, que concluyó en lesión de un bien jurídico, se ajustaba a los parámetros del *dolo eventual* o de la *imprudencia consciente*. En consecuencia, la aportación de documental o, incluso, de una pericial que incluya este tipo de cuestiones en el análisis -para tratar de desvirtuar este sesgo- mostrando el verdadero estadio en que se situaba el sujeto, resultaría oportuna.



---

24. AGUILERA GORDILLO, R.; *Manual de Compliance Penal en España*, 2ª Edición, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2022; en particular, epígrafe 5.VII. Otros aspectos clave: la cuestión de la «eficacia», estrategias de optimización del cumplimiento en entornos corporativos y la «pericial de Compliance». La impronta de los sesgos en la toma de decisiones resulta evidente y ha sido demostrada científicamente. Para acceder a una sencilla representación de los sesgos cognitivos más relevantes:

1) Dieciocho sesgos cognitivos <https://www.visualcapitalist.com/18-cognitive-bias-examples-mental-mistakes/>

2) Cincuenta sesgos cognitivos <https://www.visualcapitalist.com/50-cognitive-biases-in-the-modern-world/>

# 3. La extensión por dolo en el contexto corporativo: la tentativa y el castigo por participación a otras personas jurídicas.

Como se apuntaba en el epígrafe anterior, **cuando se aprecia que una conducta delictiva se protagonizó dolosamente, se activan dos fórmulas de ampliación de la tipicidad (la tentativa y la participación), que no pueden operar con la imprudencia. Estas fórmulas ampliatorias pueden repercutir muy seriamente tanto dentro como fuera del perímetro de la propia persona jurídica.** Así, la inferencia de que un miembro de la persona jurídica protagonizó dolosamente una conducta antijurídica, que cumple con los presupuestos recogidos en la letra a o b del apartado 1 del artículo 31 bis C.P., genera:

- I Que pueda declararse a la persona jurídica penalmente responsable por el delito en grado de tentativa si el sujeto no pudo consumir el delito.
- II Que puedan declararse penalmente responsables por su participación en el delito a otros miembros de la persona jurídica o de fuera de ella, incluyendo a otras personas jurídicas.

Cuando el sujeto (o sujetos coautores) que actuaban en el ámbito de la persona jurídica no pudieron realizar todos los elementos del tipo objetivo, procede la condena por la comisión del delito en grado de tentativa<sup>25</sup>. La práctica judicial observada hasta el momento nos permite extraer **varios supuestos donde se declara la responsabilidad penal de la persona jurídica por los delitos protagonizados por alguno/s de sus miembros en grado de tentativa.** Sobre la posibilidad de castigar a la persona jurídica, el Tribunal Supremo, en su sentencia número 165/2020 de fecha 19 de mayo<sup>26</sup>, asevera en su Fundamento de Derecho Séptimo, lo siguiente:

*«En efecto, las personas jurídicas pueden cometer un hecho delictivo tanto en grado de consumación como en imperfecto grado de ejecución, como es la tentativa. No existe óbice alguno de naturaleza dogmática, para no hacer esta distinción en la ejecución criminal. Si la pena de multa se impusiere en grado de tentativa, ha de rebajarse conforme resulta del art. 62 del Código Penal.»*

---

25. Artículo 16 C.P.:

«1. Hay tentativa cuando el sujeto da principio a la ejecución del delito directamente por hechos exteriores, practicando todos o parte de los actos que objetivamente deberían producir el resultado, y sin embargo éste no se produce por causas independientes de la voluntad del autor. 2. Quedará exento de responsabilidad penal por el delito intentado quien evite voluntariamente la consumación del delito, bien desistiendo de la ejecución ya iniciada, bien impidiendo la producción del resultado, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudiera haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito. 3. Cuando en un hecho intervengan varios sujetos, quedarán exentos de responsabilidad penal aquél o aquéllos que desistan de la ejecución ya iniciada, e impidan o intenten impedir, seria, firme y decididamente, la consumación, sin perjuicio de la responsabilidad en que pudieran haber incurrido por los actos ejecutados, si éstos fueren ya constitutivos de otro delito.»

26. Pte.: Excmo. Sr. D. Julián Sánchez Melgar.

Esta resolución aborda un caso **donde se declara penalmente responsable a una sociedad limitada por tentativa de un delito de estafa procesal** y al **administrador de hecho** de la mercantil -bajo *autoría mediata*- por un delito de *falsedad en documento privado*<sup>27</sup> previsto en el artículo 395 CP en relación con el artículo 390, 1º, 2º y 3º CP y de una tentativa de delito de estafa procesal del artículo 250.1.7 CP en concurso de normas del artículo 8.4 C.P. En esta sentencia, se examina un supuesto en el que el administrador de hecho de la persona jurídica, tras despedir a un empleado, falsifica a través de un tercero (otra empleada de la persona jurídica) el documento de finiquito del empleado y lo entrega a la defensa de la sociedad para su aportación al procedimiento judicial de reclamación de cantidad, instado por el trabajador despedido. Por tanto, al delinquir un órgano -de facto- directivo de la persona jurídica y concurrir las exigencias contenidas en la letra a del 31 bis 1 C.P. se condena a la propia persona jurídica (pues no disponía de un sistema de *Compliance* eficazmente implementado y aplicado). La sentencia explica en su Fundamento de Derecho Segundo:

*«...conforme al art. 28 del Código Penal, ha de considerarse autor tanto al que realiza el hecho por sí solo o conjuntamente, o por medio de otro del que se sirve como instrumento, y que el delito de falsedad documental no es un delito de propia mano, sino que admite la posibilidad de autoría mediata, reprocha su participación delictiva a título de autor... »*

*«De manera que, como bien dice, tanto es autor quien falsifica materialmente como quien se aprovecha de la acción con tal que ostente o tenga el condominio del hecho, recordando que a estos efectos resulta indiferente que el artífice material sea el propio acusado o una persona a la que se encarga esta misión.*

*Esto es precisamente lo que ocurre en estos autos.».*

Otro supuesto que procede citar es el concerniente a la condena al pago de una multa de 80.000 euros, en virtud de la declaración como responsable penal, a una sociedad limitada por tentativa de estafa procesal, realizada por el administrador de la empresa en el marco de un proceso civil de reclamación de cantidad. Se trata del caso examinado por la sentencia de la Audiencia Provincial de Zaragoza número 575/2016 de fecha 1 de diciembre donde, en su Fundamento de Derecho Octavo, se asevera:

*«Por lo que respecta a la acusada FRUTAS ANDALUZ S.A. es, al igual que Javier, es responsable en concepto de autora de un delito de estafa procesal en grado de tentativa tipificado en el artículo 248 en relación con el 249 , 250.1 , 5 o y 7 o, 251, 16 y 62 todos ellos del Código Penal en virtud de lo establecido en el artículo 31.1 bis del Código Penal vigente en el momento de acaecimiento de los eventos que han dado lugar a la presente causa y anterior a la reforma introducida por la L.O. 1/2015 de 30 de marzo.*

*El mencionado artículo 31. bis del Código Penal establece que... "En los supuestos previstos en este Código, las personas jurídicas serán penalmente responsables de los delitos cometidos en nombre y por cuenta de las mismas y en su provecho por los representantes..."*

*En el caso que nos ocupa vemos que la demanda civil que dio lugar a la presente causa se interpuso por FRUTAS ANDALUZ S.A. contra CONSESA aunque haya sido su único administrador y propietario, Javier el que presentó en el procedimiento civil los documentos inveraces con las miras de obtener una resolución favorable a sus intereses en perjuicio de tercero.»*

Finalmente, otra de las implicaciones de la realización de un delito bajo la modalidad dolosa es la posibilidad de castigar la participación dolosa de otros sujetos (opción que no procede cuando el actor principal del delito desarrolla la conducta de manera imprudente<sup>28</sup>):

- Personas físicas, directivos o empleados, de la misma persona jurídica en cuyo ámbito protagoniza el delito el autor o actor principal.
- Personas físicas, directivos o empleados de otras corporaciones y terceros desligados o ajenos al contexto corporativo.
- Otras personas jurídicas, dependiendo de la entidad de la aportación (en favor del autor o actor principal) que realice la persona física que actúa bajo el ámbito y en beneficio de la «otra» persona jurídica.

27. Como puede extraerse, no se imputa a la persona jurídica el delito de falsedad en documento privado y solo se imputa estafa procesal al no contemplarse el primero en el numerus clausus de delitos para los que se prevé la responsabilidad criminal corporativa.

28. Hay doctrina reconocida que sí mantiene que participación dolosa en delitos imprudentes tendría cabida en nuestro ordenamiento jurídico-penal (P. Ej.: Robles Planas o Silva Sánchez).

Sobre la posibilidad de castigar a otras personas físicas por su participación dolosa (con independencia de que sean miembros la misma persona jurídica a la que pertenece el sujeto o actor principal que protagoniza el delito como autor), existe poco margen para la duda. Cabe tanto la participación activa u omisiva<sup>29</sup>. Asimismo, según el momento, la trascendencia e intensidad del aporte, podría decirse que nos encontramos con un *cooperador necesario, cómplice*<sup>30</sup>, *inductor*, etc. **Respecto a la imputación subjetiva del partícipe, lo remarcable es la exigencia del conocido como doble dolo**, que puede sintetizarse en que el partícipe debe conocer que el sujeto o actor principal está cometiendo un delito y, a su vez, que con su aporte está auxiliando, apoyando o contribuyendo de manera efectiva a ese delito protagonizado por el actor principal. Otro punto relevante, especialmente ligado a lo expuesto en el epígrafe anterior y que merece ser subrayado es que **cabe la apreciación de dolo eventual en el partícipe**. A continuación, se traen a colación distintas resoluciones judiciales especialmente significativas en ese ámbito<sup>31</sup>:

- **STS número 503/2008, de fecha 17 de julio:** «*la doctrina y la jurisprudencia han exigido en el cooperador un doble dolo. Debe abarcar, de un lado, el hecho que realiza o que va a realizar el autor, cuyo propósito debe conocer en sus aspectos esenciales, y de otro, que su aportación supone una colaboración, lo que implica que el cooperador ha de conocer la finalidad con la que aquella va a ser utilizada por el autor, siendo consciente de que con ella se facilita de alguna forma relevante la ejecución de aquel hecho, al menos mínimamente determinado. Se ha admitido que, en este sentido, es bastante el dolo eventual, de forma que no es preciso que el cooperador oriente su conducta de modo directo a la facilitación del hecho del autor principal cuyo propósito de ejecución conoce...*»

- **STS número 258/2007, de fecha 19 de julio:** «*En la doctrina reciente es discutido si el dolo del partícipe, especialmente del cooperador, debe ser referido sólo a la prestación de ayuda o si además se debe extender a las circunstancias del hecho principal... [...] el partícipe debe haber tenido una representación mental del contenido esencial de la dirección del ataque que emprenderá el autor. No se requiere, por el contrario, conocimiento de las particularidades del hecho principal, tales como dónde, cuándo, contra quién, etc. será ejecutado el hecho, aunque éstas pueden ser relevantes, en algún caso, para determinar la posible existencia de un exceso por el que el partícipe no está obligado a responder...*»
- **STS número 311/2014, fecha 16 de abril:** «*El dolo del cómplice radica en la conciencia y voluntad de coadyuvar a la ejecución del hecho punible. Quiere ello decir, por tanto, que para que exista complicidad han de concurrir dos elementos: uno objetivo, consistente en la realización de unos actos relacionados con los ejecutados por el autor del hecho delictivo, que reúnan los caracteres ya expuestos, de mera accesoriedad o periféricos; y otro subjetivo, consistente en el necesario conocimiento del propósito criminal del autor y en la voluntad de contribuir con sus hechos de un modo consciente y eficaz a la realización de aquél, (SSTS. 5.2.98, 24.4.2000 )».*

---

29. Respecto a la participación omisiva, resulta paradigmática la STS no 749/2010 de 16 de septiembre (Pte.: Excmo. Sr. D. Manuel Marchena Gómez) donde, en su Fundamento de Derecho Decimoséptimo se dice: «La jurisprudencia de esta Sala, si bien ha reconocido expresamente que la admisibilidad de una participación omisiva es de difícil declaración, ha aceptado ésta, asociando su concurrencia a la de los elementos propios del art. 11 del CP, entre ellos, que el omitente ocupe una posición de garante (STS 1273/2004, 2 de noviembre).

De ahí que sea posible incluso en los delitos de acción, cuando la omisión del deber de actuar del garante haya contribuido, en una causalidad hipotética, a facilitar o favorecer la causación de un resultado propio de un delito de acción o comisión y que podría haberse evitado o dificultado si hubiera actuado como le exigía su posición de garante. [...] «La jurisprudencia de esta Sala, en relación con la complicidad omisiva impone la concurrencia de los siguientes requisitos: a) un presupuesto objetivo, esto es, el favorecimiento de la ejecución; b) un presupuesto subjetivo consistente en la voluntad de facilitar la ejecución; y c) un presupuesto normativo, consistente en la infracción del deber jurídico de impedir la comisión del delito o posición de garante (STS 1480/1999, 13 de octubre)»

30. Así, por ejemplo, según la jurisprudencia, para distinguir entre complicidad y cooperación necesaria se ha de analizar la trascendencia del aporte. A este respecto, la STS número 311/2015, de fecha 16 abril, expone: «Para la distinción entre cooperación necesaria y complicidad, entre la teoría del dominio del hecho y la de la relevancia, la jurisprudencia, aún con algunas vacilaciones, se ha decantado a favor de esta última, que permite, a su vez, distinguir entre coautores y cooperadores necesarios, visto que "el dominio del hecho depende no sólo de la necesidad de la aportación para la comisión del delito, sino también del momento en que la aportación se produce "de modo que" el que hace una aportación decisiva para la comisión del delito en el momento de la preparación, sin participar luego directamente en la ejecución, no tiene, en principio, el dominio del hecho" y así "será un partícipe necesario, pero no coautor", concluyendo que "lo que distingue al cooperador necesario del cómplice no es el dominio del hecho, que ni uno ni otro tienen. Lo decisivo a este respecto es la importancia de la aportación...».

Sobre ello, la STS número 384/2019, de fecha 23 de julio dice lo siguiente: «Tal y como decíamos en nuestra sentencia 377/2011, de 12 de mayo: "La distinción entre complicidad y cooperación necesaria no siempre es sencilla. La jurisprudencia ha señalado en alguna ocasión ( STS594/2000 , entre otras) que debe apreciarse la cooperación necesaria cuando se colabora con el ejecutor directo aportando una conducta sin la cual el delito no se habría cometido (teoría de la "conditio sine quanon" ), cuando se colabora mediante la aportación de algo que no es fácil obtener de otro modo (teoría de los bienes escasos), o cuando el que colabora puede impedir la comisión del delito retirando su concurso (teoría del dominio del hecho), y la complicidad se apreciará cuando no concurren las circunstancias antes expuestas caracterizadoras de la cooperación necesaria exista una participación accidental, no condicionante y de carácter secundario...».

31. Subrayado y negrita añadidos.

En consecuencia, dentro de la esfera subjetiva, para castigar a otras personas físicas como partícipes de delito ajeno no se requiere que sepan o conozcan detalladamente el plan delictivo del autor (o autores), sino que conozcan y consientan que están realizando un aporte<sup>32</sup> en ese delito ajeno. Dicho de otro modo, para la condena por participación se exige que el partícipe conozca la *intención delictiva del autor principal*, la *probable lesión al bien jurídico* que puede causar el delito y que el mismo partícipe, con su conducta, *auxilia o realiza una aportación que incrementa el riesgo* en ese delito ajeno<sup>33</sup>. Nuevamente nos enfrentamos al **factor probabilístico sobre el riesgo**, lo que ratifica su importancia.

Queda, por último, el controvertido asunto de la **responsabilidad penal de otras personas jurídicas por su participación en delito ajeno**. Como el lector conocerá, no se cuenta con jurisprudencia que coadyuve a perfilar cuándo podría operar la responsabilidad penal por participación en las personas jurídicas y el Código Penal ni excluye ni contempla claramente esta posibilidad. Asumiendo esta opción, puede sostenerse que, al igual que para declarar la responsabilidad penal de la persona jurídica «autora» se requiere la previa comisión del delito protagonizado algún directivo o empleado bajo alguna de las formas de autoría, **en el caso de la participación de persona jurídica «partícipe», el presupuesto debe ser que uno de los miembros de esa «segunda» persona jurídica contribuya o realice dolosamente una aportación que favorezca el delito<sup>34</sup> ajeno**. Esa participación ha de realizarse actuando en el ámbito de sus funciones (dentro de esa «segunda» persona jurídica) y en beneficio de la misma.

Ante la ausencia de jurisprudencia que revele claramente algún criterio o pauta, cabe señalar que, **en el campo de la doctrina más reconocida, nos encontramos con quienes no aceptan la posibilidad de castigar a la persona jurídica por participación, quienes acogen esta opción y quienes la aceptan con matices**.

De un modo esquemático, como ejemplo de autor que se opone a esta posibilidad puede señalarse a LASCURAÍN SÁNCHEZ, quien argumenta que, tanto en el inicio de la letra a) como el de la letra b) artículo 31 bis 1 C.P. se dice, literalmente, que las personas jurídicas serán penalmente responsables «de los delitos cometidos» (y seguidamente se pasa a señalar las condiciones y características de las personas físicas que -realmente- desarrollan el hecho delictivo). Para este autor, que se haya recurrido al verbo «cometer» implica que la persona física que actúa bajo el ámbito de la jurídica debe ser autora del delito, pues «*el partícipe no comete un delito, sino que ayuda al autor a cometerlo*»<sup>35</sup>. Además, subraya que, desde el punto de vista sistemático, penar a la persona jurídica por participación sería algo parecido a castigar la *participación en la participación* (en tanto que la propia institución de la responsabilidad penal de la persona jurídica es una especie de participación omisiva en un delito de la persona física que realmente protagoniza el delito).

Frente a esta postura, se sitúan otros autores especializados en la materia que mantienen que, en nuestro ordenamiento jurídico-penal, sí tiene cabida el castigo a la persona jurídica como partícipe. Dentro de este nutrido grupo, **el debate gira en torno a cuáles son las categorías que incluimos -o incluiríamos- en la participación punible de la persona jurídica**. Y es que, mientras que no existe duda alguna a la hora de castigar a la persona jurídica por los delitos bajo las distintas modalidades de autoría («autoría directa», «coautoría» y «autoría mediata») primer párrafo del artículo 28 C.P., **sí existe incertidumbre respecto a si solo podría castigarse a la persona jurídica por participación bajo las categorías de «inducción» o «cooperación necesaria»** (letras a y b del segundo párrafo del artículo 28 C.P.) **o si, además, cabría castigar a la persona jurídica por «complicidad»** (contemplada en el artículo 29 C.P.)<sup>36</sup>. Con respecto a esta cuestión, FERNÁNDEZ TERUELO incide en lo siguiente<sup>37</sup>:

32. Se excluyen los denominados actos neutrales o conductas cotidianas asociadas al desconocimiento del delito.

33. También puede citarse la STS número 442/2014, de fecha 2 de junio, que expone: «cuando se trata de un cooperador, el dolo eventual deberá manifestarse en el conocimiento, de un lado, de la probable intención del autor principal, y además, de otro lado, en el de las probables consecuencias de su aportación respecto a la ejecución por el autor principal de un hecho mínimamente determinado. Por lo tanto, el cooperador debe conocer que existe el peligro concreto de realización del tipo por parte del autor principal, y que su aportación significa un incremento de tal riesgo...»

34. Evidentemente, ha de ser un delito incluido en el catálogo de delitos del sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

35. LASCURAÍN SÁNCHEZ, JA.: ¿Penamos a la persona jurídica por conductas de participación?, en Almacén del Derecho. Recurso disponible en <https://almacendederecho.org/penamos-a-la-persona-juridica-por-conductas-de-participacion>

36. Artículo 28 C.P.: «Son autores quienes realizan el hecho por sí solos, conjuntamente o por medio de otro del que se sirven como instrumento.

También serán considerados autores:

a) Los que inducen directamente a otro u otros a ejecutarlo.

b) Los que cooperan a su ejecución con un acto sin el cual no se habría efectuado.»

Artículo 29 C.P.: «Son cómplices los que, no hallándose comprendidos en el artículo anterior, cooperan a la ejecución del hecho con actos anteriores o simultáneos.»

Como resulta notorio, los autores en sentido estricto son los recogidos en el primer apartado del art. 28. El inductor y el cooperador necesario únicamente son asimilados al autor a los efectos de determinación de la pena. Solo los autores tienen el pleno dominio del hecho, mientras que los partícipes realizan aportaciones y penden de la decisión del autor. Por ello, la participación destaca por la accesoriidad, pues pende de una conducta típica y antijurídica realizada por el autor.

37. FERNÁNDEZ TERUELO, J.: *Criterios de transferencia o conexión en el modelo vigente de responsabilidad penal de las personas jurídicas: La doble vía de imputación* (art. 31 bis 1. apartados a y b CP), en AAVV/SUAREZ LÓPEZ; BARQUÍN SANZ; BENÍTEZ ORTUZAR; JIMÉNEZ DÍAZ; SAINZ-CANTERO CAPARRÓS (Dir.) *Estudios jurídicos penales y criminológicos en homenaje al Prof. Dr. H. C. Mult. Lorenzo Morillas Cueva*, Ed. Dykinson, Madrid, 2018, p. 226.

«el legislador parece haber tenido en cuenta únicamente la intervención de los diferentes sujetos que cometen el hecho delictivo, a título de autor («haber cometido»), no activándose la responsabilidad de la propia entidad cuando su comportamiento haya consistido en intervenir en hechos (distintos de los enumerados por el precepto) de otros a título de inductor o cooperador».

Por su parte, DEL ROSAL BLASCO<sup>38</sup> señala la procedencia del castigo a la persona jurídica bajo la «cooperación necesaria» o la «inducción», excluyendo la figura de la «complicidad», mientras que, GÓMEZ TOMILLO<sup>39</sup> en un interesante análisis de las consecuencias jurídico-penales dimanantes de las interacciones entre personas jurídicas y físicas, **mantiene que pueden aplicársele a las personas jurídicas las mismas categorías de participación** que se prevén para las físicas:

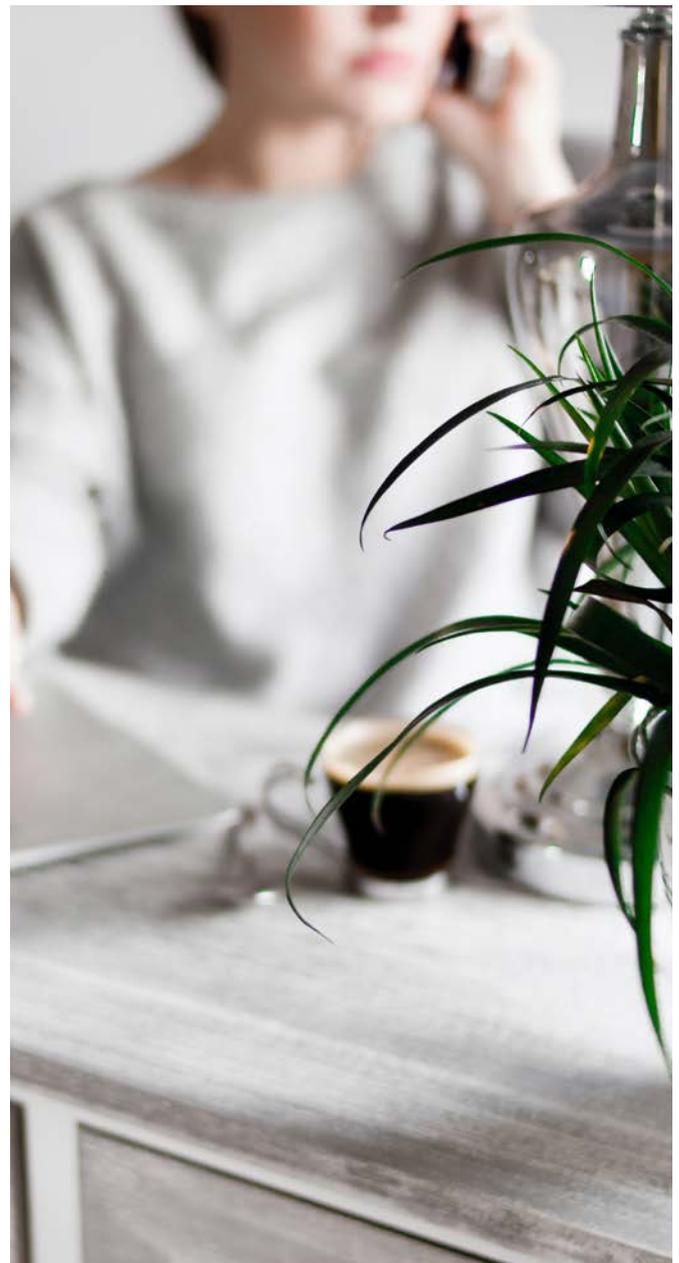
«Desde nuestra perspectiva, y en un plano teórico, admitida la responsabilidad penal de las personas jurídicas, coherentemente, **debería aceptarse su extensión al ámbito de las figuras de participación en el delito**. Si la Ley permite imputar a una persona jurídica una conducta susceptible de ser calificada como delictiva a título de autor, debería también poder imputarse a la misma persona una inducción punible, de naturaleza jurídica accesoria...

[...]

... que **no entendemos que la regulación positiva que desprenden los artículos 28.B) y 29 del Código Penal se desprenda obstáculo** alguno a la consideración efectuada. Especialmente si, como venimos haciendo, se estima que el reconocimiento de responsabilidad penal de las personas jurídicas no supone que estas lleven a cabo una conducta descrita en un tipo (en este caso en contacto con las normas de participación), sino que supone un juicio valorativo de atribución de tal responsabilidad»

Lo que esta disparidad de criterios nos muestra es que, a pesar de los años de vigencia y aplicación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, existen aspectos muy discutidos (y discutibles). No puede obviarse que, en términos relativos, la responsabilidad penal de las personas jurídicas y el Compliance penal conforman un ámbito novedoso. En cierto modo, esta circunstancia compromete la necesaria seguridad jurídica (máxime cuando el legislador no suele acometer reformas profundas e integrales para clarificar las cuestiones que se suscitan).

Asimismo, los puntos abordados en los primeros epígrafes del report evidencian que, a las cuestiones jurídico-penales que ya venían resultando especialmente complejas, se le suman las particularidades y desafíos propios del delito corporativo. En esta coyuntura, la jurisprudencia avanza sosegadamente y, de manera progresiva, va esclareciendo interrogantes. Tan solo nos queda esperar y, mientras tanto, seguir analizando este tipo de desafíos y sondeando fórmulas que permitan dar una respuesta más sólida y eficaz frente a los retos que se van planteando.



38. DE ROSAL BLASCO, B.; *Manual de responsabilidad penal y defensa penal corporativas*, Ed. Wolters Kluwer, Madrid, 2018, p.132.

39. GÓMEZ TOMILLO, M.; *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2a Edición, Ed. Aranzadi, 2015, pp. 222-226

# Anexo

## Catálogo de delitos para los que se prevé la responsabilidad penal de la persona jurídica<sup>40</sup>:

- **Tráfico ilegal de órganos** (Art. 156 bis en relación con el Art. 156 bis 7 del CP)
- **Trata de seres humanos** (Art. 177 bis en relación con el Art. 177 bis 7 del CP)
- **Prostitución, explotación sexual y corrupción de menores e incapaces, pornografía infantil** (Arts. 187, 188 y 189 bis en relación con el Art. 189 ter del CP)
- **Descubrimiento y revelación de secretos y allanamiento informático** (Arts. 197, 197 bis y 197 ter en relación con el Art. 197 quinquies del CP)
- **Estafas** (Arts. 248, 249, 250 y 251 en relación con el Art. 251 bis del CP)
- **Alzamiento de bienes y frustración en la ejecución** (Arts. 257, 258 y 258 bis en relación con el Art. 258 ter del CP)
- **Insolvencias punibles** (Arts. 259, 259 bis, 260 y 261 en relación con el Art. 261 bis del CP)
- **Daños informáticos** (Arts. 264, 264 bis y 264 ter en relación con el Art. 264 quater del CP)
- **Propiedad intelectual** (Arts. 270, 271, 272 en relación con el Art. 288 del CP)
- **Propiedad industrial** (Arts. 273, 274, 275, 277 en relación con el Art. 288 del CP)
- **Mercado y Consumidores** (Arts. 278, 279, 280, 281, 282, 282 bis, 283, 284, 285, 285 bis, 285 ter, 285 quater y 286 en relación con el Art. 288 del CP)
- **Corrupción en los negocios y corrupción transacciones internacionales** (Arts. 286 bis, 286 ter y 286 quater en relación con el Art. 288 del CP)
- **Blanqueo de capitales** (Art. 301 en relación con el Art. 302.2 del CP)
- **Financiación ilegal de partidos políticos** (Art. 304 bis en relación con el Art. 304 bis 5 del CP)
- **Delitos contra la Hacienda Pública, Seguridad Social y Fraude de Subvenciones** (Arts. 305, 306, 307, 307 ter, 308 y 310 en relación con el Art. 310 bis del CP)
- **Delitos contra los derechos de los ciudadanos extranjeros** (Art. 318 bis en relación con el Art. 318 bis 5 del CP)
- **Delitos contra la ordenación del territorio y el urbanismo** (Art. 319 en relación con el Art. 319.4 del CP)
- **Delitos medioambientales** (Arts. 325, 326, 326 bis, 330 en relación con el Art. 328 del CP)
- **Delitos relativos a la energía nuclear y radiaciones ionizantes** (Art. 343 en relación con el Art. 343.3 del CP)
- **Delitos de riesgo provocados por explosivos y otros agentes** (Art. 348 en relación con el Art. 348.3 del CP)
- **Delitos contra la salud pública en modalidad medicamentos, alimentos, adulteración de alimentos y aguas** (Arts. 359, 360, 361, 361 bis, 362, 362 bis, 362 ter, 362 quinquies, 363, 364 y 365 en relación con el Art. 366 del CP)
- **Delitos contra la salud pública en modalidad tráfico de drogas** (Arts. 368 y 369 en relación con el Art. 369 bis del CP)
- **Falsificación de moneda y efectos timbrados** (Art. 386 en relación con el Art. 386.5 del CP)
- **Falsificación de tarjetas de crédito y débito y cheques de viaje** (Art. 399 bis en relación con el Art. 399 bis 1 del CP)

<sup>40</sup>. A fecha enero de 2022. Para profundizar en las exigencias, casuística y jurisprudencia sobre responsabilidad penal de la persona jurídica y el *Compliance program penal* vid. AGUILERA GORDILLO, R.; *Manual de Compliance Penal en España*, 2a Edición, Ed. Aranzadi, Pamplona, 2022.



- **Cohecho y soborno funcionario extranjero** (Arts. 424 y 427 en relación con el Art. 427 bis del CP)
  - **Tráfico de influencias** (Arts. 429 y 430 en relación con el Art. 430 del CP)
  - **Malversación** (Arts. 432, 433, 433 bis, 434, 435 en relación con el Art. 435.5 del CP)
  - **Provocación a la discriminación, odio o violencia contra grupos** (Art. 510 en relación con el Art. 510 bis del CP)
  - **Terrorismo y financiación del terrorismo** (Arts. 571, 572, 573, 573 bis, 574, 575, 576, 577, 578, 579, 579 bis, 580 en relación con el Art. 580 bis del CP)
  - **Contrabando** (tipificado en ley penal especial: art. 2.6 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando)
- Delitos para los que sí se contempla la responsabilidad penal de la persona jurídica bajo **modalidad imprudente**:
- **Insolvencias punibles** (Art. 259.3 en relación con el Art. 261 bis del CP)
  - **Blanqueo de capitales** (Art. 301.3 en relación con el Art. 302.2 del CP)
  - **Delitos medioambientales** (Art. 331 en relación con el Art. 328 del CP)
  - **Financiación del terrorismo** (Art. 576.4 en relación con el Art. 580 bis del CP)
  - **Contrabando** (Art. 2.5 en relación con el Art. 2.6 de la Ley Orgánica 12/1995, de 12 de diciembre, de represión del contrabando)

# Resumen

## Probabilidad del riesgo, dolo eventual e imprudencia consciente:

### Examen de una difusa frontera entre la condena y la absolución de la persona jurídica

De todas las conductas delictivas que conforman el catálogo de delitos para los que se prevé la responsabilidad penal de la persona jurídica se contemplan en modalidad dolosa, tan sólo cinco incriminan la conducta negligente. Es decir, **la imputación subjetiva constituye un aspecto crucial para el «destino penal» de la persona jurídica.**

El hecho de **que una empresa, asociación o fundación pueda resultar penalmente condenada va a depender -directamente- de aquello que el juzgado o tribunal infiera acerca del aspecto subjetivo:** si el órgano juzgador extrae que hubo dolo en él procederá la condena; en cambio, si deduce que existió imprudencia no se podrá sancionar penalmente a la persona jurídica.

En este **Report 6** del *Compliance Advisory LAB* se abordan los siguientes interrogantes:

*¿Cuál es el estado de la cuestión respecto a la imputación subjetiva en el marco de la responsabilidad penal de la persona jurídica?*

*¿Cuáles son los rasgos definitorios de los dos conceptos que marcan la difusa frontera entre dolo e imprudencia y qué doctrina jurisprudencial aplica el Tribunal Supremo?*

*¿Qué efectos jurídico-penales puede generar un comportamiento delictivo doloso para la empresa, para el propio contexto corporativo y para otras personas jurídicas?*

Por ello, se realiza un análisis de los distintos enfoques que existen en relación con la **tipicidad subjetiva en el singular campo de la responsabilidad penal de la persona jurídica**, se examina **cómo distingue el Tribunal Supremo el dolo eventual de la imprudencia consciente** y las implicaciones del dolo para la propia persona jurídica («punibilidad por tentativa») o para otras personas jurídicas («punibilidad por participación»).

El report se estructura en los tres epígrafes siguientes:

**1. Imputación subjetiva en el marco de la responsabilidad penal de la persona jurídica.**

**2. Dos conceptos limítrofes de consecuencias relevantes para la persona jurídica: dolo eventual e imprudencia consciente.**

**3. La extensión por dolo en el contexto corporativo: la tentativa y el castigo por participación a otras personas jurídicas.**

A lo largo del texto, se tratan puntos decisivos para la corporación, donde juegan un papel esencial el **juicio probabilístico**, los **sesgos** («biases») que inciden en los procesos de toma de decisiones y la gestión del riesgo (**risk management**). Por tanto, **resulta de especial interés para Compliance officers, profesionales con responsabilidades en materia de Compliance, abogados, asesores legales, instructores especializados en formación sobre Compliance y analistas de riesgos penales corporativos.**

## Directores Compliance Advisory LAB

### Fernando Lacasa

Socio de Forensic, Codirector del Compliance Advisory Lab

**T** +34 91 441 52 83

**E** Fernando.Lacasa@es.gt.com



Ver CV

### Rafael Aguilera Gordillo

Codirector del Compliance Advisory LAB

**T** +34 91 576 39 99

**E** Rafael.Aguilera.ex@es.gt.com



Ver CV

 <https://www.grantthornton.es/servicios/financiam-advicory/forensic/Compliance-advicory-lab/>

[www.grantthornton.es](http://www.grantthornton.es)



[grantthornton.es](http://grantthornton.es)

© 2022 Grant Thornton S.L.P. Todos los derechos reservados.

“Grant Thornton” se refiere a la marca bajo la cual las firmas miembro de Grant Thornton prestan servicios de auditoría, impuestos y consultoría a sus clientes, y/o se refiere a una o más firmas miembro, según lo requiera el contexto. Grant Thornton Corporación S.L. es una firma miembro de Grant Thornton International Ltd (GTIL). GTIL y las firmas miembro no forman una sociedad internacional. GTIL y cada firma miembro, es una entidad legal independiente. Los servicios son prestados por las firmas miembro. GTIL no presta servicios a clientes. GTIL y sus firmas miembro no se representan ni obligan entre sí y no son responsables de los actos u omisiones de las demás.