

Felio José Bauzá Martorell
Director

**DERECHO
ADMINISTRATIVO
Y DERECHO PENAL:
RECONSTRUCCIÓN
DE LOS LÍMITES**

Prólogo de José Eugenio Soriano García

[BOSCH]

[BOSCH]

Felio José Bauzá Martorell
Director

Derecho Administrativo y Derecho Penal: Reconstrucción de los límites

Prólogo de José Eugenio Soriano García

Consulte en la Web de Wolters Kluwer (www.digital.wke.es) posibles actualizaciones, gratuitas, de esta obra, posteriores a su fecha de publicación

Es propiedad,
© 2016, **De los autores**

Para la presente edición:
© 2016, **Wolters Kluwer, S.A.**
Avenida Carrilet, 3
Edificio D, 9.ª planta
08902 Hospitalet de Llobregat (Barcelona)
Tel: 902 250 500 - Fax: 902 250 502
e-mail: clientes@wke.es
<http://www.wolterskluwer.es>

Primera edición: diciembre, 2016

ISBN: 978-84-9090-182-3 (papel)
ISBN: 978-84-9090-183-0 (digital)
Depósito legal: M-XXXX-2016
Diseño, Preimpresión e Impresión: Wolters Kluwer España, S.A.
Printed in Spain

“Cualquier forma de reproducción, distribución, comunicación pública o transformación de esta obra solo puede ser realizada con la autorización de sus titulares, salvo excepción prevista por la ley. Diríjase a CEDRO (Centro Español de Derechos Reprográficos, www.cedro.org) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra”.

La imputación de infracciones administrativas a las personas jurídicas

Manuel GÓMEZ TOMILLO

Letrado del Tribunal Constitucional

*Profesor titular (acreditado para el Cuerpo de Catedráticos de Universidad) de derecho penal
Universidad de Valladolid*

SUMARIO: 1. Introducción; 2. El hecho de conexión 2.1. La exigencia del hecho de conexión como requisito de imputación; 2.2. Personas físicas con capacidad de comprometer penal o administrativamente a una persona jurídica; 2.3. Especial referencia al caso de la actuación de trabajadores, carentes de poder de decisión: incumplimiento grave de los deberes de supervisión, vigilancia y control y carga de la prueba; 3. La exigencia de que el hecho de conexión aparezca externamente como hecho de empresa; 3.1. La actuación en nombre o por cuenta de la persona jurídica; 3.2. La exigencia de actuación «en beneficio directo o indirecto» de la persona jurídica; 4. Excurso: la cuestión en la Sala de lo penal del Tribunal Supremo; 4.1. Planteamiento general; 4.2. Crítica al criterio de la cultura de respeto al derecho; 4.3. La carga de la prueba; 5. Conclusión; 6. Bibliografía.

1. INTRODUCCIÓN

Como es conocido, en los ordenamientos jurídicos en los que existe la distinción entre Derecho penal y Derecho administrativo sancionador, en esta última rama del ordenamiento jurídico, desde hace muchos años, es habitual la posibilidad de sancionar a las personas jurídicas¹. En los países europeos continentales, esa responsabilidad admi-

1. Aunque la cuestión ahora mismo desborda el marco trazado para nuestro trabajo, quizá sea interesante poner de manifiesto en que el fenómeno del Derecho administrativo sancionador no es tan universal como pensamos, toda vez que en numerosos países de nuestro entorno jurídico y cultural sigue siendo algo excepcional; dejando al margen a los países anglosajones y, singularmente a los Estados Unidos de América, en Europa hay múltiples países en los que no hay una verdadera potestad sancionadora de la Administración, con un predominio casi absoluto del Derecho penal, como es el caso de Dinamarca o Suecia, por poner sólo algún ejemplo; en general, puede verse el estudio de RANCO CASERMEIRO, P., *La distinción entre el Derecho penal y el Derecho administrativo sancionador. Un análisis de política jurídica*, Valencia, 2010, págs. 69 y ss. Combate la idea conforme a la cual no hay propiamente un Derecho administrativo sancionador en el sistema jurídico angloamericano. BETANCOR, A., «Derecho administrativo sancionador en el sistema jurídico británico: Regulatory enforcement and sanctions Act», *Revista General de Derecho Administrativo* 19, 2009, *passim*.

nistrativa de las personas jurídicas ha sido habitualmente anterior en el tiempo a la responsabilidad penal, la cual progresivamente se viene implantando en múltiples sistemas positivos (con la muy notable excepción alemana). Ello ha servido para que la teoría de la responsabilidad de las personas jurídicas haya alcanzado un notable desarrollo, siguiendo un camino inverso del habitual. Históricamente lo normal ha sido la influencia del Derecho penal sobre el Derecho administrativo sancionador, ante la evidencia de su común origen histórico y su más que probable unidad esencial. En este particular campo, por el contrario, el Derecho administrativo sancionador ha tenido la oportunidad de ir por delante, allanando el camino a una potencial admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas². Pese a todo, en España ha sido el Derecho penal positivo español el que ha desarrollado un amplio esquema regulativo de responsabilidad punitiva, mucho más amplio del existente hasta la fecha en el Derecho administrativo sancionador, plasmado esencialmente en los artículos 31 bis a 31 quinquies del Código Penal³. La cuestión que surge es si esta última normativa es irrelevante en el marco del Derecho administrativo sancionador o si, por el contrario, puede desplegar alguna clase de eficacia en este último sector del Derecho, cuanto menos mediante un razonamiento analógico, siempre que, evidentemente, no implique un perjuicio para la persona jurídica infractora. Dos cuestiones estimamos son esenciales. Por un lado, si los criterios de imputación de delitos a las personas jurídicas que se desprenden del Derecho penal positivo pueden de alguna manera ser extrapolables al Derecho administrativo sancionador. Por otro, si las pautas para determinar la culpabilidad de la persona jurídica del primero pueden ser útiles para el segundo. Un examen exhaustivo de ambas cuestiones resultaría excesivo para una contribución de esta naturaleza. Por consiguiente, nuestro trabajo se limitará a analizar la primera de ellas, esto es, qué criterios de imputación de infracciones administrativas a personas jurídicas deben utilizarse en el Derecho administrativo sancionador y, dentro de tal idea, qué personas físicas podrían comprometer administrativamente a la persona jurídica y con qué requisitos⁴. A tal efecto, debe considerarse que, a diferencia de lo que ocurre en Alemania, donde la *Ordnungswidrigkeitengesetz*

2. Lo que es muy expresivo de la identidad que en cuanto a su naturaleza jurídica presentan ambos sectores del ordenamiento jurídico. Sobre esta cuestión, permítasenos remitirnos a GÓMEZ TOMILLO, M. y SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador. Parte general*, 3ª ed., 2013, Cap. 1.

3. Concretamente, en el caso español, el artículo 28.1 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público se limita a disponer que «Sólo podrán ser sancionadas por hechos constitutivos de infracción administrativa las personas físicas y jurídicas, así como, cuando una Ley les reconozca capacidad de obrar, los grupos de afectados, las uniones y entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa». En relación con ello, apenas es precisa la cita de la clásica STC 246/1991 de 19 de diciembre. Sobre tal sentencia, puede verse, además de la bibliografía que citaremos, el solvente comentario que en su día efectuó B. LOZANO CUTANDA, «La responsabilidad de la persona jurídica en el ámbito sancionador administrativo (a propósito de la STC 246/1991)», *RAP* 129, 1992, quien, entre otras cuestiones, analiza los precedentes jurisprudenciales, así como los derechos que se estima pueden disfrutar las personas jurídicas en estos y otros procedimientos; *vid.*, de la misma autora, la voz «Persona jurídica, sujeto activo responsable de las infracciones administrativas», *Diccionario de sanciones administrativas* (B. Lozano Cutanda, dir.), Madrid, 2010, págs. 601 y ss.

4. Quedaría pendiente el examen de todas las cuestiones conexas con la culpabilidad de las personas jurídicas, incluidos los problemas relativos a la exigencia de dolo o, alternativamente, de imprudencia en estos últimos casos. Sin embargo, no resulta posible en un artículo de estas características abordar con

incluye una amplia parte general aplicable, en principio, a toda infracción administrativa, en la mayor parte de los sistemas se carece de un tratamiento positivo tan detallado. En el caso español, por una parte, el artículo 28.1 de la Ley 40/2015 de 1 de octubre de Régimen Jurídico del Sector Público contiene una mera declaración que posibilita la exigencia de responsabilidad sancionatoria administrativa a las personas jurídicas, insuficiente sin el complemento de las leyes sectoriales. Por otra parte, el citado precepto no establece base alguna para efectuar la imputación de tal responsabilidad⁵. A la vista de ello, la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas probablemente no deba ser tildado de irrelevante cara al tratamiento de las infracciones administrativas. Desde nuestra perspectiva, no sólo es posible acudir a la analogía para extender los criterios empleados en un sector del ordenamiento jurídico al otro, sino que, incluso, vistas las limitaciones del Derecho administrativo sancionador positivo expresadas es más que conveniente, por razones de coherencia, simplicidad y seguridad jurídica.

Partiendo de tales presupuestos, procede analizar los criterios para atribuir responsabilidad punitiva a las personas jurídicas. Sin que podamos aspirar ahora a agotar la cuestión, entendemos que para ello es preciso que concurren dos requisitos. Ambos, resultarían imprescindibles, independientemente de que estemos en el ámbito estricto del Derecho penal o del Derecho administrativo sancionador. En primer lugar, la actuación (o la omisión de hacerlo) de una o más personas físicas, lo que en la doctrina alemana se viene llamando hecho de conexión o *Anknüpfungstat*⁶. En segundo lugar,

toda su extensión tal problemática que dejamos para otra ocasión. Algunas cuestiones hemos examinado ya GÓMEZ TOMILLO, M. y SANZ RUBIALES, I., *Derecho administrativo sancionador. Parte general, op. cit.*, Cap. 19.

5. Así lo indicaba, por ejemplo, la STS de 31 de diciembre de 2008, Sala de lo contencioso-administrativo, FJ 6º, con cita del artículo 130.3 de la Ley 30/1992. La situación cursa paralela a la característica del Derecho penal, en la que, como es conocido, existe un sistema de *numerus clausus* de delitos susceptibles de ser imputados a las personas jurídicas. En general, sobre esto último, *vid.*, por ejemplo, GALÁN MUÑOZ, A., «La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010: entre la hetero- y la autorresponsabilidad», *Nuevos instrumentos jurídicos en la lucha contra la delincuencia económica y tecnológica*, (C. M. Romeo Casabona y F. Flores Mendoza, Eds.), 2012, págs. 485 y ss.

6. *Vid.*, en relación con el derecho penal español vigente, BACIGALUPO SAGESSE, S., *Comentarios prácticos al Código Penal* (M. Gómez Tomillo, dir.), 1ª ed., Valladolid, 2016, art. 31 bis, a); ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad penal de empresas, fundaciones y asociaciones*, Valencia, 2008, especialmente, pág. 350; del mismo autor, «*Societas delinquere potest* (Análisis de la reforma operada por la LO 5/2010 de 22 de junio)», *La Ley penal*, 76, 2010, pág. 2; DEL ROSAL BLASCO, B., «La delimitación típica de los llamados hechos de conexión, en el Nuevo artículo 31 bis nº 1 del Código Penal», *CPC* 103, 2011, pág. 53; BAJO FERNÁNDEZ, M., «Vigencia de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el derecho sancionador español», *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2012, pág. 34; ya antes, por muchos, HIRSCH, H.-J., «La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas», *ADPCP* 1993, pág. 1106; NIETO MARTÍN, A., *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, 2008, pág. 165; GUARDIOLA LAGO, M. J., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del artículo 129 del Código Penal*, Valencia, 2004, págs. 68-9. Se ha llegado a decir que ese hecho de conexión constituye «de algún modo» una condición objetiva de punibilidad; BAJO FERNÁNDEZ, M. y BACIGALUPO, S., *Derecho penal económico*, 2ª ed., Madrid, 2010, Cap.V, pág. 70; *vid.*, asimismo, DANNECKER, G., «Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände», *GA* 2001, pág. 119; *vid.*, en general, las referencias que proporciona HEINE, G., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Grossrisiken*, 1995, pág. 231, relativas al hecho de conexión como tal condición objetiva de punibilidad (aunque este autor habla de desvalor de conexión externo –*externen Anknüpfungsumwerte*–). En sentido crítico, *vid.* FEIJOO

que ese hecho de conexión aparezca externamente como un hecho de empresa, que sólo tenga sentido en ese contexto social. Examinaremos separadamente ambos requisitos.

2. EL HECHO DE CONEXIÓN

2.1. La exigencia del hecho de conexión como requisito de imputación

En cuanto al hecho de conexión entiendo que es preciso que una persona física, o una pluralidad de ellas, haya actuado o dejado de hacerlo. Desde nuestra perspectiva, se trata de una exigencia insoslayable⁷. Por un lado, es nítido que sin esa actuación activo-positiva u omisiva de la persona física nunca habrá qué imputar a una persona jurídica que por sí misma no puede actuar. Por otro, el hecho de conexión resulta un elemento imprescindible para la delimitación del Derecho penal o administrativo sancionador aplicable o, lo que es lo mismo, desde el punto de vista de la competencia de los tribunales o de la administración misma. No se trata de una cuestión menor, si se considera, como se ha destacado acertadamente, que una persona jurídica puede tener su sede en Europa, su producción en Asia y comercializar sus productos en América⁸.

SÁNCHEZ, B., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Estudios sobre las reformas del Código Penal operadas por las LO 5/2010 de 22 de junio y 3/2011, de 28 de enero* (J. Díaz Maroto, dir.), 2011, pág. 103; del mismo autor, «Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español», *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2012, págs. 74 y ss. Entre la doctrina administrativista *vid.* GALLARDO CASTILLO, M. J., *Los principios de la potestad sancionadora. Teoría y práctica*, 2008, pág. 209, con cita expresa de la teoría del órgano en Derecho administrativo; NIETO, A., *Derecho administrativo sancionador, op. cit.*, pág. 393, con idéntica referencia, págs. 406 y 411 y ss. analizando la cuestión de la responsabilidad administrativa de administraciones públicas infractoras.

7. Dejamos al margen que se trata de un requisito que, desde el punto de vista del Derecho penal positivo español, es claro; al respecto, *vid.* nuestro trabajo *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2ª ed., 2015, Cap. 6.3. al final parece aceptar la necesidad de un hecho de conexión el Tribunal Supremo español. Así, con independencia de que no compartamos todo lo que expresa, es explícito en la STS 221/2016 de 16 de marzo, FJ 5 B): «el juicio de autoría de la persona jurídica exigirá a la acusación probar la comisión de un hecho delictivo por alguna de las personas físicas a que se refiere el apartado primero del art. 31 bis del CP. Habrá de acreditar además que ese delito cometido por la persona física y fundamento de su responsabilidad individual, ha sido realidad por la concurrencia de un delito corporativo, por 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. La Sala no puede identificarse con la tesis de que, una vez acreditado el hecho de conexión, esto es, el particular delito cometido por la persona física, existiría una presunción *iuris tantum* de que ha existido un defecto organizativo».

8. GALÁN MUÑOZ, A., «La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010», *op. cit.*, pág. 507, quien con mucha razón subraya el riesgo de que una empresa se implante en países con un sistema más tolerante. Puede ser interesante subrayar que en Italia, una persona jurídica que tiene su sede en ese país responde administrativamente por un delito cometido por sus filiales en el extranjero si no se inicia un procedimiento penal en el lugar en el que se encuentran radicadas (a favor de incorporar tal previsión al Derecho inglés, *vid.* GOBERT, J. y PUNCH, M., *Rethinking corporate crime*, 2003, págs. 109 a 110). En España, por el contrario, se carece de previsiones al respecto.

Ciertamente, una sólida corriente de opinión científica ha criticado la necesidad de requerir en todo caso tal hecho. Se argumenta, por ejemplo, que con su exigencia no se solucionan algunos de los casos más problemáticos, concretamente, aquellos en los que no se puede identificar al autor físico concreto del hecho, hipótesis en las que no se podría sancionar a la persona jurídica⁹. Sin embargo, reiteramos que resulta ineludible la exigencia de un hecho de conexión en la medida en que, lógicamente, sin éste tampoco hay hecho de la persona jurídica misma. Por otra parte, el obstáculo se difumina si, como haremos aquí, aceptamos que cualquier individuo enmarcado en la estructura social puede determinar la responsabilidad de la sociedad misma. Cuestión diversa es que en determinadas circunstancias deba procederse a absolver a la persona jurídica, cuando, por ejemplo, concurren dudas sobre si el sujeto no identificado que lo llevó a cabo actuó o no dentro del marco social¹⁰. Pero el hecho mismo tiene que existir y puede ser relevante, por ejemplo, para la determinación de la competencia territorial.

Desde otra perspectiva, se aduce en contra de la exigencia de un hecho de conexión que en determinadas ocasiones no se puede imputar la lesión del bien jurídico sino a una multiplicidad de decisiones defectuosas en el seno de la empresa, las cuales por sí mismas ni merecen el reproche del Derecho, ni incluso son evitables en el seno de grandes empresas¹¹. Sin embargo, el hecho de conexión no tiene por qué ser concebido en términos unitarios. Cabe un hecho de conexión plural, fragmentado o, incluso, atomizado, lo que no obsta a que ese hecho siga existiendo. Por otra parte, también en el Derecho penal de las personas físicas se dan fenómenos análogos en el marco de la codelinuencia o, en el Derecho administrativo sancionador, existe la responsabilidad conjunta, solidaria o subsidiaria¹². Finalmente, con frecuencia se podrá aislar a un sujeto o grupo de sujetos concretos sobre los que gravite una posición de garantía, en la medida en que tengan el deber jurídico de evitar, precisamente, ese cúmulo de decisiones defectuosas.

Por último, en contra del hecho de conexión no cabe argumentar que su exigencia equivale a una responsabilidad de la persona jurídica de naturaleza vicarial o por hechos

9. Vid. ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L., *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2001, págs. 236 y, sobre todo, pág. 245; *vid.*, asimismo, amplias referencias en ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad penal de empresas...*, *op. cit.*, págs. 147 y ss.; GÓMEZ-JARA DÍEZ, C., *La culpabilidad penal de la empresa*, Madrid, Barcelona, 2005, pág. 158.

10. La ruptura de la balsa que aloja residuos industriales puede deberse a un irracional sabotaje de un sujeto ajeno a la empresa o, por el contrario, a la acción u omisión descuidada de un trabajador que, por las circunstancias del caso concreto, no se puede individualizar. En el primer caso, en principio, no habría hecho de conexión (podría haber una omisión imprudente, por ejemplo, de las medidas de seguridad exigibles). En el segundo sí. Cuando se dude sobre si nos encontramos ante la primera hipótesis o ante la segunda, si no se tiene claro, pues, si hubo o no hecho de conexión, debe absolver, puesto que el principio *in dubio pro reo*, inequívocamente también opera tanto en el marco del Derecho penal y como en el administrativo sancionador de las personas jurídicas.

11. Vid. BOSCH, N., *Organisationverschulden in Unternehmen*, 2002, págs. 55-6, quien hace referencia a hipótesis de déficits de conciencia y prevención del riesgo que se van acumulando a lo largo de los años y que no se deben a una concreta decisión; HEINE, G., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, *op. cit.*, pág. 207; GOBERT, J. y PUNCH, M., *Rethinking corporate crime*, 2003, págs. 82 y ss., especialmente, pág. 84.

12. Vid. nuestro *Derecho administrativo sancionador. Parte general*, *op. cit.*, Caps. 22 a 24.

de otro¹³, incompatible con el principio de personalidad. Debe entenderse que, siendo un requisito imprescindible por su especial naturaleza la actuación de una persona física, lo injusto es propio de la persona jurídica. Parece claro que también en el Derecho penal de las personas físicas se atribuyen hechos de unos sujetos a otros que no los han cometido directo-corporalmente, como ocurre con la coautoría, la autoría mediata, o las actuaciones en nombre de otro¹⁴, ámbitos en los que nadie habla de responsabilidad vicarial. Con razón, se ha hablado de una especie de accesoriedad de lo injusto de la persona jurídica con respecto a la acción u omisión de la persona física¹⁵. Aunque no podemos entrar en detalles ahora mismo, desde nuestra perspectiva, lo injusto de las personas jurídicas es

13. El reproche es muy frecuente; *vid.*, por muchos, FERNÁNDEZ TERUELO, J. G., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español: una visión crítica», *Revista Jurídica de Castilla y León* 25, 2011, pág. 57. De heteroresponsabilidad habla V. GÓMEZ MARTÍN, V., *Comentarios al Código Penal* (M. Corcoy Bidasolo y S. Mir Puig, dirs.), Valencia, 2011, art. 31 bis, pág. 131. Amplias referencias en cuanto a ambos modelos, responsabilidad vicarial y responsabilidad independiente, ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., *La responsabilidad penal de empresas...*, *op. cit.*, págs. 140 y ss.; NIETO MARTÍN, A., *Responsabilidad penal de las personas jurídicas*, *op. cit.*, págs. 102 y ss.; ROBLES PLANAS, R., «¿Delitos de personas jurídicas?», *InDret* 2-2006, págs. 5 y ss.; Díez RIPOLLÉS, J. L., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española», *InDret* 1-2012; GALÁN MUÑOZ, A., «La responsabilidad penal de la persona jurídica tras la reforma de la LO 5/2010», *op. cit.*, págs. 509 y ss.; crítico con el modelo vicarial; SILVA SÁNCHEZ, J. M., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Convenio del Consejo de Europa sobre cibercriminalidad», *C. Derecho Judicial* 9, 2002, págs. 126 y ss.; en la misma línea crítica, GÓMEZ-JARA Díez, C., «Autoorganización empresarial y autorresponsabilidad empresarial», *RECPC* 08-05, págs. 1 y ss. En los Estados Unidos, como es conocido, se mantiene ampliamente la idea de que la responsabilidad de las personas jurídicas es vicarial, *vid.* ahora sólo GRUNER, Richard S., *Corporate criminal liability and prevention*, New York, (updated 2010), § 1.02; POLLACK, Barry J., «Time to stop living vicariously: a better approach to corporate criminal liability», *46 Am. Crim. L. Rev.* 1393, particularmente, 1395-6, con consideraciones críticas; GOBERT, J. y PUNCH, M., *Rethinking corporate crime*, *op. cit.*, núm. 18, págs. 55 y ss.; WELLS, C., *Corporations and Criminal Responsibility*, 1993, págs. 97 y ss., especialmente en lo que respecta a la evolución histórica y donde subraya las muchísimas limitaciones que esa responsabilidad vicarial experimenta en el Derecho inglés vigente, sobre todo por la conexión entre responsabilidad vicaria y responsabilidad objetiva (*strict liability*).

14. En sentido semejante se expresa TIEDEMANN, K., «Die "Bebüssung" von Unternehmen nach dem 2 Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität», *NJW* 41, 1988, pág. 1171; *vid.*, asimismo, la sintética exposición y referencias que efectúa TRUG, G. «Zu den Folgen des Einführung eines Unternehmensstrafrechts», *Wistra* 7, 2010, pág. 243; crítico se muestra HEINE, G., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, *op. cit.*, pág. 243, fundamentalmente en lo relativo a la coautoría, pero no tanto en lo que a la autoría mediata se refiere.

15. La idea aparece repetidamente en la literatura alemana, *vid.*, sólo por ejemplo, BOSCH, N., *Organisationverschulden...*, *op. cit.*, pág. 58, págs. 60 y ss., etc.; SILVA SÁNCHEZ, J. M., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *op. cit.*, pág. 132; ZUGALDÍA ESPINAR en relación con el Proyecto de reforma del Código Penal, y en el marco de la imputación objetiva, sostenía que hay una accesoriedad mínima del delito de la persona jurídica con respecto a la persona física, toda vez que la existencia de delito en la primera es independiente de que la persona física, por ejemplo, actúe sin dolo o sin imprudencia (*La responsabilidad penal de las empresas...*, *op. cit.*, pág. 145, donde ejemplifica con el supuesto en el que el sujeto actuante fue defectuosamente informado por parte del que tenía el poder de dirección). De accesoriedad media habla SÁNCHEZ, B., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *op. Cit.*, pág. 90; el mismo autor, «Las características básicas de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Código Penal español», *op. cit.*, pág. 87; accesoriedad limitada expresa GÓMEZ MARTÍN, V., *Comentarios al Código Penal*, *op. cit.*, pág. 135.

un injusto propio, no derivado, de naturaleza compleja¹⁶. Deriva de la conjunción, de la sinergia de la actuación de la persona física con las especiales posibilidades estructurales y medios de la persona jurídica efectivamente utilizados e implica necesariamente la lesión o puesta en riesgo de bienes jurídicos. Se trata de una situación muy próxima, si bien no idéntica, a la característica de la coautoría¹⁷.

En ese contexto, en la literatura científica alemana se plantea la cuestión de si debe existir vínculo de causalidad entre el hecho de conexión y el resultado lesivo¹⁸. Desde nuestra perspectiva, en las infracciones de resultado, imputándose a la persona jurídica un hecho activo positivo, la respuesta debe ser afirmativa. Ciertamente, tal afirmación debe ser matizada en la medida en que la acción individual habitualmente se sumará a un complejo cúmulo de factores. Por el contrario, en el caso de las omisiones, el análisis debería decir previamente si aquella conexión de causalidad es exigible en este último grupo de delitos o infracciones administrativas. Más bien entendemos que lo que hay que acreditar en este último caso es la conexión entre el resultado lesivo y el foco de riesgo sobre el que era garante el omitente¹⁹. Nada diverso, pues, del caso de los ilícitos de omisión imputables a las personas físicas²⁰.

16. Diversas posiciones en la materia se encuentran bien sintetizadas en Díez RIPOLLÉS, J. L., «La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Regulación española», *op. cit.*, págs. 7-8; particularmente sólido, aunque en línea diversa de la defendida en este trabajo, *vid.* DE LA CUESTA ARZAMENDI, J. L., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho español», *Revue électronique de l'AIDP*, 2011.

17. Sobre el particular, *vid.* nuestra Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas, *op. cit.*, Cap. 6, apartado 3; K. TIEDEMANN afirma que la persona física realmente actuante se transforma, en cierta manera, en coautor («Responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Anuario de Derecho penal* 1996 (http://www.unifr.ch/ddp1/derechopenal/anuario/an_1996_07.pdf), *op. cit.*, 22); habla de sistema de doble autoría BACIGALUPO, E., «Responsabilidad penal y administrativa de las personas jurídicas y programas de “compliance” (A propósito del Proyecto de reformas del Código Penal de 2009)», *La Ley* 7442, 2009, pág. 2; crítico hacia la idea de la coautoría *vid.* FEIJOO SÁNCHEZ, B., *Sanciones para empresas por delitos contra el medio ambiente (Presupuestos dogmáticos y criterios de imputación para la intervención del Derecho penal contra las empresas)*, Madrid, 2002, págs. 78 y ss.

18. *Vid.*, por todos, HEINE, G., *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, *op. cit.*, págs. 226, 292, entre otras.

19. Desbordaría los límites de este trabajo proceder a examinar la específica problemática de la causalidad en las infracciones y delitos de comisión por omisión. Como es conocido, en ese específico ámbito se suele hablar de causalidad hipotética, la cual equivale a la exigencia de que la acción omitida hubiese evitado el resultado con una probabilidad rayana en la certeza (*vid.* JESCHECK, H. H. y WEIGAND, T., *Tratado de Derecho penal*, 5ª ed. (trad. M. Olmedo Cardenete), Granada, 2002, pág. 563; en el marco específico de las infracciones administrativas, *vid.* GÖHLER, E., *Ordnungswidrigkeitengesetz*, 13. Auf., München, 2002; § 8, 3 a). La posiciones todavía hoy dominantes en la materia expuestas en el texto presentan el problema de que el Derecho penal, e igualmente el Derecho administrativo sancionador, no debe acudir para llegar a sus conclusiones a lo que potencialmente hubiese podido ocurrir, esto es, a juicios hipotéticos, donde siempre se presenta una imposibilidad de prueba, sino a lo que efectivamente acaeció, donde las cosas se presentan de manera matizadamente distinta. Así, en la actualidad, surgen otras posiciones minoritarias en las que se exige que sea el foco de peligro el que haya causado efectivamente y sin duda los correspondientes resultados típicos: *vid.*, sólo en la literatura científica en español: GIMBERNAT ORDEIG, E., *Comentarios al Código Penal*, t. I, Edersa, págs. 38 y ss.; ROMEO CASABONA, C., «Los delitos de comisión por omisión: delimitación, insuficiencias y perspectiva político criminal», *Política criminal y reforma pena. Homenaje al Profesor Dr. D. Juan del Rosal*, 1993, pág. 936.

20. Los delitos y las infracciones administrativas de omisión imputables a las personas jurídicas plantean una problemática específica en la que no nos podemos detener; nos remitimos a nuestro trabajo *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, *op. cit.*, Cap. 7.

Hasta hace poco la relación entre el derecho penal y el derecho administrativo se ha residenciado en el *ius puniendi*, en la convergencia de la represión frente al ilícito penal y la infracción administrativa.

Sin embargo, la dramática proliferación de casos de corrupción arroja una incidencia del derecho penal en otros institutos administrativos ajenos a la potestad sancionadora, especialmente en urbanismo, la contratación administrativa y las ayudas públicas.

Ya de por sí complejas estas materias en el seno de la relación jurídica administrativa, su análisis desde la perspectiva penal implica que se califiquen como delitos aquellos actos administrativos considerados válidos con arreglo a las leyes administrativas. Un ejemplo paradigmático es el del convenio urbanístico, que lleva ínsita la negociación de un ámbito de planeamiento, mientras que para el derecho penal puede ser constitutivo de un delito de negociaciones prohibidas.

La crisis expansiva del derecho penal en la actividad de la Administración Pública y la incapacidad del derecho administrativo para abordar determinados ilícitos, obliga a un análisis exhaustivo de ambos subsectores del ordenamiento, especialmente en cada una de las materias sensibles donde convergen.

