

Colección Derecho Penal Económico J.M. Bosch Editor

Juan Luis Fuentes Osorio

Sistema de
determinación de
las **penas impuestas**
a las personas jurídicas

JMB
BOSCH EDITOR

El modelo actual de responsabilidad penal de las personas jurídicas ha relegado a un segundo plano el sistema de determinación de sus penas. Hay aspectos que no están regulados, al tiempo que la normativa específica es imprecisa y requiere, en ocasiones, una interpretación (condicionada por el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas que se defiende). No queda claro, además, si se puede acudir de manera subsidiaria a la regulación general prevista para las personas físicas para subsanar estas cuestiones.

Este trabajo ha perseguido perfilar, desde un modelo autónomo de responsabilidad penal de las personas jurídicas, un sistema de determinación de la pena de las personas jurídicas coherente y pleno que resolviera, además, algunas incertidumbres heredadas del sistema general de determinación de la pena. Con este objetivo el libro ha quedado organizado en siete capítulos: introducción; descripción del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas; elementos del sistema específico de consecuencias jurídicas del delito para las personas jurídicas; finalidad de las penas para las personas jurídicas; reglas de determinación de las penas para las personas jurídicas; acumulación de penas y concursos de delitos; las consecuencias accesorias del art. 129 CP.



■ Colección **Derecho Penal Económico** J.M. Bosch Editor

Sistema de determinación de las penas impuestas a las personas jurídicas

Juan Luis Fuentes Osorio

Profesor Titular

Área Derecho Penal. Universidad de Jaén

■ Colección **Derecho Penal Económico** J.M. Bosch Editor

Sistema de determinación de las penas impuestas a las personas jurídicas

Juan Luis Fuentes Osorio

Profesor Titular

Área Derecho Penal. Universidad de Jaén

2023

Barcelona



Este trabajo ha sido realizado en el marco del proyecto de investigación: "ESTRATEGIAS TRANSVERSALES PARA LA PREVENCIÓN DE LA DELINCUENCIA ECONOMICA Y LA CORRUPCIÓN" (Ref. PID2021-23028OB-I00).

© ENERO 2023 JUAN LUIS FUENTES OSORIO

© ENERO 2023



Librería Bosch, S.L.

<http://www.jmboscheditor.com>

<http://www.libreriabosch.com>

E-mail: editorial@jmboscheditor.com

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) si necesita fotocopiar o escanear algún fragmento de esta obra (www.conlicencia.com; 91 702 19 70 / 93 272 04 45).

ISBN papel: 978-84-19580-08-5

ISBN digital: 978-84-19580-09-2

D.L.: B 22829-2022

Diseño portada y maquetación: CRISTINA PAYÁ  +34 672 661 611

Printed in Spain – Impreso en España

Colección **Derecho Penal Económico** J.M. Bosch Editor

La colección en Derecho penal económico y nuevos aspectos del Derecho penal, nace de una conversación con Javier Bosch en Barcelona, hacia fines de septiembre de 2016. En aquella época proyectábamos lanzar una colección, que fuera un espacio para que juristas de todas las latitudes pudieran compartir el resultado de sus investigaciones en los temas más actuales del Derecho penal. Con el transcurrir de los años, mientras profundizábamos en el estudio del Derecho penal económico, la colección se iba perfilando en todos sus detalles de coordinación hasta su lanzamiento en el 2021. Los directores de esta colección y la editorial, invitamos a los profesionales del Derecho a participar de este proyecto con el aporte de sus reflexiones creativas y conocimiento científico.

Colección en Derecho Penal económico y nuevos aspectos del Derecho Penal

Directores

Lorena Varela (Asistente investigador del Instituto de Derecho Penal Económico, Universität des Saarlandes, Alemania / Profesora de Derecho Penal, Universidad Internacional de La Rioja, España)

Marco Mansdörfer (Catedrático de Derecho Penal Económico y Derecho Procesal Penal europeo, Universität des Saarlandes, Alemania)

Comité Científico

Silvina Bacigalupo Saggese (Catedrática de Derecho Penal, Universidad Autónoma de Madrid, España)

Rosario de Vicente Martínez (Catedrática de Derecho Penal, Universidad Castilla-La Mancha, España)

María Elena Torres Fernández (Catedrática de Derecho Penal, Universidad de Almería, España)

Juan Luis Fuentes Osorio (Profesor Titular de Derecho Penal, Universidad de Jaén, España)

Silvia Verdugo Guzmán (Profesora Titular de Derecho Penal, CEU, Fundación San Pablo, España)

María Soledad Gil Nobajas (Profesora Contratada Doctor, Universidad de Deusto, España)

Sara Carou García (Profesora Ayudante Doctor, Universidad Internacional de La Rioja, España)

Ramón Luis González (Profesor Titular de Derecho Penal y Profesor Titular de Derecho Procesal Penal, Universidad Nacional del Nordeste, Argentina)

Lara Cristina Leguizamón (Profesora Adjunta de Derecho Penal, Universidad Nacional del Nordeste, Argentina)

Abreviaturas	13
CAPÍTULO PRIMERO	
Introducción	15
CAPÍTULO SEGUNDO	
Responsabilidad penal de las personas jurídicas	19
A. La necesidad de establecer un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas	19
B. El modelo español de responsabilidad penal de las personas jurídicas	31
1. Responsabilidad de las personas jurídicas por un propio injusto y culpabilidad	33
2. Responsabilidad independiente de la persona física ..	47
3. Sistema autónomo limitado de responsabilidad de la persona jurídica	55
3.1. En el sujeto activo	55
3.2. En las conductas típicas imputables	63
3.3. En los deberes de organización	68
C. Las «olvidadas» reglas sobre la determinación de la pena aplicable a las personas jurídicas	71
CAPÍTULO TERCERO	
Sistema específico de consecuencias jurídicas del delito para las personas jurídicas	77
A. Las penas aplicables a las personas jurídicas	77
1. Naturaleza penal	77

2.	Carácter grave	84
3.	Clases de penas	87
3.1.	Multa	88
3.2.	Penas interdictivas	89
4.	Marco penal	95
5.	Medidas cautelares	96
6.	Prescripción de delitos y penas. Cancelación de antecedentes	101
B.	Circunstancias modificativas	106
1.	Agravantes.....	106
2.	Atenuantes específicas	110
3.	Comunicabilidad de las circunstancias	117
C.	¿Suspensión de condena?	118

CAPÍTULO CUARTO

	Finalidad de las penas de multa y de las penas interdictivas para las personas jurídicas	125
A.	Eficacia disuasoria y proporcionalidad de la multa.....	130
B.	Necesidad inocuidadora y proporcionalidad de la pena interdictiva	147
1.	Su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o de sus efectos.....	148
2.	Sus consecuencias económicas y sociales, y especialmente los efectos para los trabajadores	156
3.	El puesto que ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control en la estructura de la persona jurídica.....	160

CAPÍTULO QUINTO

	Reglas de determinación de la pena	165
A.	La pena de referencia de la persona física.....	166
B.	Variaciones en el marco penal de la pena prevista para la persona jurídica	187

1.	¿Se admiten modificaciones cualitativas en el marco penal por el grado de realización, clase y nivel de intervención delictiva, error de prohibición vencible y eximentes incompletas?	187
2.	¿Se pueden realizar modificaciones cualitativas y cuantitativas en el marco de las penas previstas para las personas jurídicas?	193
2.1.	Reglas de determinación de las multas	194
2.1.1.	Multa por cuotas.....	194
2.1.2.	Multa proporcional	198
2.2.	Reglas de determinación de las penas interdictivas.....	208
2.2.1.	Reglas específicas sobre la duración máxima de la pena interdictiva.....	210
2.2.2.	La difícil (e innecesaria) operación de modificación del marco penal en las penas interdictivas	222
C.	Fijación de la cuantía total de la multa según la capacidad económica de la persona jurídica.....	228
1.	Factores que condicionan la proporcionalidad de la cuantía de la multa con la situación económica.....	229
2.	Reglas de adaptación de la cuantía de la multa a la capacidad económica de la persona jurídica condenada al dictar sentencia	239
2.1.	Un porcentaje de los ingresos netos anuales de la persona jurídica condenada.....	239
2.2.	Modificación de la cuantía por duplicidad de multas sobre la persona física y jurídica.....	244
3.	La valoración de la situación económica de la persona jurídica condenada tras la sentencia.....	252
 CAPÍTULO SEXTO		
	Acumulación de penas y concurso de delitos.....	259
A.	Imposición de varias penas interdictivas.....	259
B.	Concursos de delitos	261

Las consecuencias accesorias del art. 129 CP	279
--	-----

Bibliografía	289
--------------------	-----

Relación de jurisprudencia.....	321
---------------------------------	-----

Abreviaturas

AAN	Auto Audiencia Nacional
AAP	Auto Audiencia Provincial
Apart.	Apartado
Art.	Artículo
ATS	Auto Tribunal Supremo
Aut.	Autor
CC	Código Civil
CE	Constitución Española
Circ.	Circular
Coord.	Coordinador/a
CP	Código Penal
Dir.	Director/a
Ed.	Editor/a
fd.	Fundamento de derecho
FGE	Fiscalía General del Estado
hp.	Hechos probados
INA	Ingresos Netos Anuales
INAD	Ingresos Netos Anuales Diarios
LDC	Ley de Defensa de la Competencia
LEC	Ley de Enjuiciamiento Civil
LECr	Ley de Enjuiciamiento Criminal
LIS	Ley de Impuesto sobre Sociedades
LOPJ	Ley Orgánica del Poder Judicial

LOPP	Ley Orgánica de Partidos Políticos
LRC	Ley Orgánica de Represión del Contrabando
marg.	Marginal
n.	Número
p. / pp.	Página /páginas
RDLeg	Real Decreto Legislativo
SAN	Sentencia Audiencia Nacional
SAP	Sentencia Audiencia Provincial
Scil.	Scilicet
SJP	Sentencia Juzgado de lo Penal
STC	Sentencia Tribunal Constitucional
STSJ	Sentencia Tribunal Superior de Justicia
s. / ss.	Siguiente /siguientes
t.	Tomo
TBC	Trabajos en beneficio de la comunidad
Vid.	Véase
Vol.	Volumen

Introducción

Mi interés por las penas de las personas jurídicas y su determinación nació cuando intenté elaborar un esquema que mostrara de forma simplificada y comprensible este proceso de concreción y las reglas que sigue al alumnado de la asignatura de derecho penal económico que estaba impartiendo. Sin embargo, el diagrama resultante tenía muchas zonas oscuras que no conseguía esclarecer plenamente con la legislación.

La normativa específica me parecía insuficiente. Esta guardaba silencio o no ofrecía respuestas claras a las dudas que tenía. Además, aportaba criterios que no siempre parecían compatibles con los dos grupos de penas previstas y la descripción típica de sus marcos penales. La lógica del modelo general de determinación de la pena no daba soluciones y las imaginables contradecían las reglas específicas o no encajaban con la peculiaridad de las sanciones previstas para las personas jurídicas.

Los artículos y monografías existentes no ayudaban a solventar estas cuestiones. Normalmente se concentraban en analizar el fundamento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas (se tomaba partido por una versión y se criticaban otras) o se ceñían a dar una exposición global del modelo vigente de responsabilidad y de sus características. En ambos casos rara vez se intentaba examinar en profundidad el sistema de consecuencias jurídicas de las personas jurídicas existente. La jurisprudencia tampoco entraba en estos puntos. La mayoría de las sentencias no daban una fundamentación de las sanciones impuestas y, en algunas ocasiones, incluso se podían encontrar resoluciones que, en lo que a la pena afectaba, parecía que no seguían la normativa vigente.

Todo ello me llevo a plantearme la posibilidad de emprender una investigación sobre este tema. Esta disposición inicial condujo a la redacción de un primer trabajo¹ que no acabó con las interrogantes planteadas.

1 Vid. FUENTES OSORIO 2018.

Al contrario, reconozco que mi confusión aumentó. Según profundizaba en la materia me iba dando cuenta, por un lado, de que el problema era más amplio: no se circunscribía a las penas de las personas jurídicas, sino que se extendía genéricamente a la clase de pena impuesta (patrimonial o interdictiva). Estas presentaban aspectos dudosos (o directamente no analizados) en su determinación para las personas físicas. Por otro lado, advertí que la normativa establecía soluciones, aunque en un primer momento no estuvieran a la vista, pero exhibía cierto margen de ambigüedad. Eran posibles diversas interpretaciones de la normativa general y de la específica sobre las personas jurídicas, necesarias para cubrir las lagunas jurídicas. Ello dependía, así mismo, del enfoque que se adoptara sobre la naturaleza de la responsabilidad de la persona jurídica. Se requería, por consiguiente, posicionarse en los puntos nucleares que definen el modelo de responsabilidad penal de la persona jurídica para desde ahí perfilar un sistema de determinación de la pena de las personas jurídicas coherente y pleno que debía resolver, además, algunas incertidumbres heredadas del sistema general de determinación de la pena. Este ha sido el objetivo de este trabajo.

- (1) No he perseguido explicar cómo se concretaría la pena desde cada modelo posible de responsabilidad de las personas jurídicas. Tampoco he pretendido desarrollar un estudio sobre la naturaleza y fundamento de la responsabilidad penal de la persona jurídica, aunque sí que he trazado cuál es el modelo actual y qué elementos son esenciales como fundamento para la posterior (re)construcción del sistema de determinación de la pena. Con este posicionamiento esquemático tomo partido en muchas discusiones sin realizar un estudio exhaustivo (análisis que supera el propósito de este libro).
- (2) Desde un modelo autónomo de responsabilidad penal de las personas jurídicas he ido presentado los diferentes elementos que integran su sistema de determinación de la pena. De este modo, asumo que parte de las críticas que pueda recibir este trabajo impactarán en un nivel superior y consistirán en la negación del enfoque inicial autónomo.
- (3) A partir de este encuadre mi preocupación ha sido intentar, mediante interpretaciones acordes con este carácter de la normativa actual, completar y dar coherencia al sistema de determinación de la pena de las personas jurídicas. Ahora bien, no me he detenido en cuestiones que considero tangenciales. Por ejemplo, no he descrito

en qué consiste cada circunstancia modificativa de la responsabilidad, sino que me he dedicado a plantear cuál es su naturaleza, si se pueden aplicar atenuantes distintas de las descritas en el art. 31 quater CP y si se admiten las agravantes genéricas o cómo inciden de manera diferente en la concreción de las penas de multa e interdictivas. Por el mismo motivo, no he examinado en qué consiste cada pena interdictiva o cómo se organiza y se implementa un programa de cumplimiento.

- (4) Con estas premisas el presente libro ha quedado organizado en seis capítulos: descripción del modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas; elementos del sistema específico de consecuencias jurídicas del delito para las personas jurídicas; finalidad de las penas para las personas jurídicas; reglas de determinación de las penas para las personas jurídicas; acumulación de penas y concursos de delitos; las consecuencias del art. 129 CP.

Este trabajo debe mucho a las discusiones que he tenido con varixs colegas sobre esta temática. Sobre todo quiero agradecer la disposición de Íñigo Ortiz de Urbina, Eva Domínguez Izquierdo y Jesús Barquín Sanz que se han leído esta obra en diferentes fases de su construcción y han aportado comentarios que han contribuido en gran medida a la conformación final del texto. Del mismo modo me gustaría destacar el apoyo que he tenido del departamento de Derecho Penal, Filosofía del Derecho, Filosofía moral y Filosofía de la Universidad de Jaén, especialmente el de mi maestro, Guillermo Portilla (recuerdo las charlas sobre este y otros temas conduciendo camino a Jaén). Por último, debo agradecer la paciencia y permanente cariño de mi familia y de todas las personas queridas que han soportado mi agotamiento o mis diatribas sobre este tema y otras cuestiones relacionadas con la intensa vida académica e investigadora durante estos años. Sin Lore, mis amigos y las reuniones en la Taberna de Kafka esto no habría sido posible.

Responsabilidad penal de las personas jurídicas

A. La necesidad de establecer un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas

(1) Las personas jurídicas son sujetos creados normativamente (con obligaciones y derechos) que, en el ejercicio de las actividades para las que tienen reconocida capacidad de acción, se relacionan con objetos, bienes e intereses individuales y colectivos, valiosos para la sociedad y sus miembros que, a veces, son agredidos ilícitamente y lesionados.

La peligrosidad de las personas jurídicas en el contexto social en que desenvuelven su actividad no se limita a su capacidad lesiva directa, amplia y constantemente presente porque buena parte de sus operaciones se realizan en ámbitos de riesgo (en los que pueden adoptar dentro de ciertos límites conductas arriesgadas o lesivas de manera lícita). Su estructura y organización, así como los objetivos económicos que persiguen también son factores criminógenos: ofrecen oportunidades delictivas (opacidad, contactos sociales), incentivan conductas arriesgadas o agresivas de sus empleados, favorecen sesgos de conformidad e imitación, obediencia y adaptación al rol, y aportan argumentos para justificar comportamientos delictivos².

¿Serán responsables de la infracción de la ley y de las consecuencias que de ello se deriva? Podrían serlo porque las conductas lesivas practicadas no son meros accidentes o hechos naturales³ y porque son ejecutadas

2 Vid. CIGÜELA SOLA/ORTIZ DE URBINA 2020, p. 75. Vid. también SCHÜ-NEMANN 1988, p. 533; PÉREZ MACHÍO 2017, pp. 7 y ss., 16.

3 Vid. FEIJOO SÁNCHEZ 2014, p. 68; ídem 2016f, pp. 71, 73; GONZÁLEZ CUSSAC 2020, pp. 325 y s.

a través de sus representantes o empleados que están integrados en su estructura organizativa.

No se discute que pueden tener responsabilidad civil. Esta obliga a la entidad a reparar mediante una indemnización el daño causado. ¿Es necesario y posible ampliar la responsabilidad hasta el ámbito sancionador? La respuesta a esta cuestión se organiza desde dos perspectivas. Una consecuencialista, que se plantea si es útil para evitar la repetición de estas infracciones y reducir la peligrosidad de las personas jurídicas, y otra sistemática, preocupada por si es coherente con los fundamentos del sistema sancionatorio.

(2) El enfoque preventivo parte de que los entes jurídicos son, en el mercado en el que actúan (económico, político, etc.), actores racionales (maximizadores) que pueden temer las consecuencias jurídicas que se puedan derivar de sus actos⁴. Con este presupuesto se ha sostenido que, aunque la responsabilidad civil puede ser un coste que disuada de la realización de conductas ilegales lesivas, en ocasiones puede ser asumible. La persona jurídica, a la vista de los elevados beneficios que puede obtener, puede preferir contaminar, por ejemplo, y pagar por ello. Así mismo, los costes no siempre son equivalentes al daño. La posición socio-económica de la empresa le puede permitir eludir esta responsabilidad o conseguir que la compensación sea reducida. Se mantiene, por tanto, que el uso de mecanismos sancionatorios, que se unen a la responsabilidad civil como costes adicionales, son preventivamente necesarios para reforzar el respeto de la normativa de gestión de importantes sectores productivos por parte de las personas jurídicas. No extraña que con este objetivo preventivo numerosos instrumentos jurídicos internacionales⁵ hayan demandado la imposición de sanciones a las personas jurídicas. Sin embargo, estos no han requerido que tuvieran necesariamente una naturaleza penal⁶.

4 Vid. infra IV.A.

5 Vid. una descripción exhaustiva de los mismos en URRUELA MORA 2012, p. 415, nota 1.

6 Vid. URRUELA MORA 2012, p. 415; ORTIZ DE URBINA 2013, p. 276; DE LA CUESTA ARZAMENDI 2013, p. 17; SILVA SÁNCHEZ 2013, p. 20; GONZÁLEZ RUS 2014, p. 23; QUINTERO OLIVARES 2015, pp. 88 y s.; FARALDO CABANA 2015c, pp. 253 y s.; JIMENO BULNES 2009, pp. 24;

(3) La vía penal, aunque puede ser un instrumento disuasorio idóneo, se ve como una alternativa problemática en cuanto que se afirma que no es posible construir un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas que sea sistemáticamente coherente, ya que no encaja con las bases fundacionales antropocéntricas del derecho penal. La creación de un modelo de responsabilidad penal de las personas jurídicas en este contexto jurídico se enfrenta a dos dificultades. Supone una vulneración de principios básicos del derecho penal «moderno», especialmente el principio de culpabilidad (entendido en un sentido amplio: carecen de capacidad de acción, de culpabilidad y de pena⁷) y, lógicamente, no existen categorías dogmáticas adaptadas a las peculiaridades de estas⁸. En suma, un sistema punitivo basado, en un momento histórico determinado y en un ámbito jurídico continental⁹, en el merecimiento deontológico individualista como principio de distribución de la responsabilidad penal y la pena, y construido con categorías adaptadas exclusivamente a las personas físicas, encierra una prohibición genérica de responsabilidad de las personas jurídicas: *Societas delinquere nec punire potest*.

La respuesta para rodear este escollo ha sido circunscribir la responsabilidad de las personas jurídicas al ámbito civil y al administrativo,

GONZÁLEZ CUSSAC 2020, pp. 38 y ss.; FERNÁNDEZ TERUELO 2020b, p. 35; ABEL SOUTO 2021, p. 13.

7 Vid. por todos, VELASQUEZ 2003, p. 536; HASNAS 2009, p. 1340; GRACIA MARTÍN 2015, pp. 170 y ss.; MOLINA FERNÁNDEZ 2016, p. 401.

8 Vid. MORILLAS CUEVA 2011, pp. 6, 9 y ss.; BOLDOVA PASAMAR 2013, p. 221; FRISCH 2013, pp. 353 y ss.

9 La tradición jurídica continental reconoció la responsabilidad de entes colectivos en la edad media y moderna. Durante la ilustración y con el objetivo de evitar la responsabilidad colectiva se elaboró un modelo de responsabilidad penal basado en la persona física. Con el desarrollo de la teoría del delito durante la segunda mitad del siglo XIX se consolidará el principio de irresponsabilidad penal de la persona jurídica y la responsabilidad exclusiva de la física (éxito del individualismo y del estado liberal basado en un contrato entre sujetos que nacen libres –y sin vínculos colectivos–), la única que va a poseer capacidad de acción y de culpabilidad, que se posiciona de manera «voluntaria» contra la norma y a la que no se le puede imputar, además, hechos ajenos, vid. FERRAJOLI 2001, pp. 488, 523 (nota 98); GUARDIOLA LAGO 2004, pp. 33 y ss.; BARONA VILAR 2014, p. 62; BARQUÍN SANZ 2018, p. 134; BUSATO 2019, pp. 34 y ss.

amenaza conjunta que se consideraba eficaz y suficiente, e intervenir penalmente solo sobre las personas físicas vinculadas con las jurídicas¹⁰. Ahora bien, aceptar que pueden ser sancionadas administrativamente es una salida conflictiva e inconsistente al debate expuesto, puesto que esta rama del ordenamiento jurídico presenta, en cuanto derecho sancionador, una confinidad con el derecho penal y se somete a las mismas garantías y principios¹¹, entre ellos al de culpabilidad¹². Con otras palabras, confinar la responsabilidad de las personas jurídicas en el ámbito administrativo supone reconocer su capacidad de culpabilidad y sanción sin tener que solventar los problemas de inconsistencia con sus principios ordenadores¹³ o que estas dificultades han sido superadas mediante

10 Vid. por todos FRISCH 2013, pp. 360 y s.

11 Vid. ZUGALDÍA ESPINAR 2013a, pp. 16 y s.; GONZÁLEZ CUSSAC 2020, pp. 42, 66.

12 En el ámbito administrativo se reconoce mayoritariamente la capacidad de las personas jurídicas de acción, de culpabilidad y de sanción, vid. ZUGALDÍA ESPINAR 2013a, p. 16; ídem 2018, p. 352. El principio de culpabilidad expresamente está vigente en varias de sus manifestaciones para las personas jurídicas en la Ley del Régimen Jurídico del Sector Público (LO 40/2015 de 1 de octubre) en sus arts. 28 y 29. Especialmente en este último (art. 29.3.a) se indica que la graduación de la sanción considerará «el grado de culpabilidad o la existencia de culpabilidad».

No obstante, también se precisa que para las personas jurídicas se debe entender de manera diferente a lo que se mantiene para las personas físicas: «falta en ellos [scil. entes jurídicos] el elemento volitivo en sentido estricto, pero no la capacidad de infringir las normas a las que están sometidos» (STC 246/1991 de 19 de diciembre, fd. 2; vid. también STC 129/2003, de 30 de junio, fd. 7-8). Base de menor exigencia que no impide, empero, el reconocimiento de su vigencia en el ámbito contravencional (remarcan este hecho, GUARDIOLA LAGO 2004, p. 100; HEINE 2006, p. 43). En contra de esta «modulación», GRACIA MARTÍN (2015, p. 211) porque «(...) en realidad no dan lugar más que a una completa aniquilación del concepto de culpabilidad (...)». Autor que defiende, en definitiva, que la persona jurídica tiene «(...) una responsabilidad exclusivamente objetiva, absoluta, o vicaria de naturaleza exclusivamente civil o administrativa, incluida aquí la relacionada con el poder coercitivo administrativo para la prevención de peligros», GRACIA MARTÍN 2015, p. 221.

13 «(...) los problemas dogmáticos que presente la responsabilidad de este sujeto del Derecho (scil. la persona jurídica) no se pueden evitar por el hecho de mantenerlo exclusivamente en el ámbito del Derecho administrativo san-

argumentaciones y construcciones dogmáticas que podrían trasladarse al derecho penal¹⁴ (el derecho administrativo asumiría, de esta manera, una función promotora de la responsabilidad de las personas jurídicas)¹⁵. Por otra parte, la sanción penal de la persona física, que actúa condicionada por una estructura global y con acciones de múltiples sujetos, se integra con dificultad en la teoría del delito y ha requerido, por ejemplo, forzar los criterios penales de imputación¹⁶.

(4) Esta solución intermedia no resuelve los problemas sistemáticos y plantea inconvenientes desde una óptica preventiva. Concentra la persecución penal en una persona física que, inserta en una organización compleja, no siempre se puede identificar y hacer responsable¹⁷. Así mismo, este compromiso prescinde de diferentes manifestaciones del potencial preventivo y expresivo del Derecho penal.

- (i) La pena de multa solo tiene un efecto disuasorio si recae sobre la persona jurídica. La impuesta a la persona física es, por un lado,

cionador, tal y como ha pretendido sostener un amplio sector de la nuestra doctrina durante tanto tiempo», BACIGALUPO SAGGESE 2013, p. 72. MOLINA FERNÁNDEZ (2016, p. 402) señala igualmente que no se puede trasladar la responsabilidad de la persona jurídica al ámbito administrativo si este mantiene los mismos principios que el derecho penal.

- 14 Vid. SILVA SÁNCHEZ 2020, pp. 294 y s. (autor que se plantea, por ejemplo, por qué no se puede aplicar la versión matizada del principio de culpabilidad jurisprudencialmente propuesta en el contexto administrativo sancionador en el derecho penal de las personas jurídicas).
- 15 «(...) el Derecho administrativo sancionador ha tenido la oportunidad de ir por delante (scil. del penal), allanando el camino a una potencial admisión de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», GÓMEZ TOMILLO 2017, p. 252.
- 16 Ello suponía una decisión normativa sobre quién sancionar (y quiénes no) en una acción colectiva, SEELMANN 2013, p. 187.
Una visión global de todos los problemas dogmáticos que puede surgir al individualizar la responsabilidad de los que actúan en una organización empresarial en FERNÁNDEZ CASTEJÓN 2017, pp. 48 y ss.
- 17 Vid. BUCY 1991, p. 1119; QUAID 1998, p. 80; GARRETT 2015, p. 1826; SARCH 2019, apart. II.b.1; FERNÁNDEZ CASTEJÓN 2017, pp. 44 y ss.; FERNÁNDEZ TERUELO 2020b, p. 36. Vid. también infra II.B.2 («irresponsabilidad organizada»).

menor que la que soportaría la persona jurídica al disponer habitualmente aquella de un patrimonio inferior. Por otro lado, no afecta directamente al ente jurídico (ni en su patrimonio ni en su libertad de actuación)¹⁸ y no incentiva al accionariado, ni a sus órganos directivos para modificar la estructura para evitar la comisión de delitos.

Del mismo modo, únicamente la sanción penal de las personas jurídicas puede desarrollar un efecto inocuidador. Por ejemplo, la exclusiva punición de las personas físicas no reduce forzosamente la peligrosidad de la organización de la que forman parte cuando se desplaza la responsabilidad en un sentido descendente hacia el último eslabón decisorio, fungible y con una limitada capacidad directiva; cuando el objetivo es motivar al cambio en los procesos empresariales y en las estructuras orgánicas que no han sido creados, ni puede ser alterados, por una sola persona en un determinado momento temporal¹⁹; cuando se actúa contra entramados empresariales integrados en la criminalidad organizada²⁰. Así mismo, la sanción única de las personas físicas ignora el papel que ha ejercido la persona jurídica en su decisión de cometer el comportamiento delictivo²¹.

18 Vid. DANNECKER 2001, p. 41; SILVA SÁNCHEZ 2020, p. 291.

19 Vid. HEINE 2006, p. 31; GARRETT 2015, p. 1851.

20 Vid. SILVA SÁNCHEZ 2020, p. 295.

21 La persona física puede haber resuelto realizar una conducta delictiva condicionada por la persona jurídica. Por ejemplo, porque acepte directamente sus indicaciones para realizar comportamientos ilícitos o porque asuma o ceda a la presión que ejerce la cultura empresarial (vid. BUCY 1991, pp. 1133 y ss.; CLARKSON 1996, p. 562; LAUFER 1999, p. 1411; VARELA/MANSDÖRFER 2021, p. 119). Influye en este sentido la existencia de técnicas de neutralización que justifican y racionalizan la realización de comportamientos delictivos para obtener los objetivos corporativos (VARELA/MANSDÖRFER 2021, p. 197; PATERNOSTER/SIMPSON 1996, p. 555 señalan en sentido contrario que es más probable que el empleado decida no cometer un delito si hay un clima moral de respeto porque percibirá que esas conductas no son éticamente toleradas). También influye que se le amenace con sanciones internas si no consigue estos objetivos. Hablamos en este último caso de un «miedo al fracaso» (*fear of falling*, vid. PIQUERO/CONNOLLY 2014, pp. 584 y s.; VARELA/MANSDÖRFER 2021, p. 198) en el que el despido o la pérdida

- (ii) Emplear únicamente el derecho administrativo (o el civil) puede ocasionar una importante pérdida de legitimidad y de confianza en el sistema jurídico penal, pues la imposibilidad de calificar a las personas jurídicas como «criminales» entra en contraste con la circunstancia de que estas efectúan comportamientos que, en abstracto, y sin referencia a la naturaleza del autor, son delitos en el CP²². Estas conductas delictivas se explican criminológicamente en muchas ocasiones precisamente por la intervención de estas entidades²³, principales sujetos activos en los delitos socioeconómicos y partícipes en las estructuras de corrupción política y de crimen organizado²⁴. El carácter limitado de la persecución penal contribuye, cuando la sociedad percibe que estos delitos tienen una explicación individual e institucional²⁵, al crecimiento de una percepción de impunidad²⁶ y de trato privilegiado²⁷, al tiempo que fomenta un proceso de insensibilización en la comunidad que puede llegar a creer que los delitos cometidos por las personas jurídicas en ámbitos concretos (sobre todo en el medio ambiental, económico y tecnológico) son conductas irrelevantes o socialmente no tan reprochables como otras²⁸.

de oportunidades se pueden percibir como más graves que la sanción penal e incluso serlo objetivamente, porque la certeza de imposición es mucho más elevada (vid. COFFEE 1981, pp. 409 y s.)

- 22 Vid. DANNECKER 2001, p. 42.
- 23 Vid. DANNECKER 2001, p. 41; BUELL 2006, p. 476; FEIJOO SÁNCHEZ 2016f, p. 31; BUSATO 2019, p. 58; JIMENO BULNES 2019, pp. 3 y ss.
- 24 Vid. PÉREZ MACHÍO 2017, pp. 12 y s.; JIMENO BULNES 2019, pp. 3 y s.
- 25 Así FEIJOO SÁNCHEZ 2016f, pp. 22 y s. Especialmente a partir de la visibilidad de los escándalos financieros, vid. JIMENO BULNES 2019, p. 8.
- 26 Vid. HENNING 2009, p. 1420; ZUGALDÍA ESPINAR 2010a, p. 576; ídem 2018, p. 353; VARELA/MANSDÖRFER 2021, p. 111.
En contra ROSO CAÑADILLAS 2020, p. 32 que sostiene que «la sociedad todavía no ve a la persona jurídica como destinataria de la norma jurídico-penal. No asimila, ni concibe que pueda cometer un delito».
- 27 Vid. BUSATO 2019, p. 66.
- 28 FRIEDMAN (2000, pp. 845 y s., 852, 858) mantiene la necesidad de condenar a la persona jurídica por sus acciones delictivas como modo de reivindicación justa del valor reconocido por la sociedad y la ley a las personas y bienes afectados. Además, «eximir de responsabilidad criminal a la persona jurídica

El proceso penal (con independencia de que el resultado final sea absolutorio), la condena y la efectiva imposición de una sanción penal (y la publicidad de todo ello) puede tener elevados costes reputacionales, mayores que los que genera la vía civil y/o administrativa. El temor a estas consecuencias informales negativas puede estimular el desarrollo de una estructura organizativa que respete la ley²⁹ y animar a la persona jurídica a colaborar con la justicia penal para resolver el proceso lo más rápido posible³⁰.

En suma, razones pragmáticas, garantizar el efectivo cumplimiento de las leyes y una eficaz protección de los bienes jurídicos que tutelan, aconsejan la sanción penal de las personas jurídicas³¹, que de este modo se verán «motivadas» al desarrollo de una estructura de cumplimiento normativo. Así lo entendió el derecho anglosajón que hizo frente y fue superando, desde el siglo XIX, las trabas dogmáticas que dificultaban el establecimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas³²,

tendería a socavar el efecto condenatorio que la responsabilidad penal tiene sobre los individuos para conductas similares y, en última instancia, a disminuir la autoridad moral del derecho penal como guía del comportamiento racional», FRIEDMAN 2000, p. 858. Vid. también, ZUGALDÍA ESPINAR 2013a, p. 18.

- 29 Vid. FISSE 1983, pp. 1155 y s.; 1166; BRAITHWAITE 1989, pp. 127, 141 y ss.; ALEXANDER 1999, p. 523; BUELL 2006, pp. 501 y ss.; ORTIZ DE URBINA 2013, p. 270; DEL MORAL GARCÍA 2013, p. 248; VARELA/MANSDÖRFER 2021, p. 113.
- 30 Vid. BUELL 2006, pp. 505 y ss.; WEISSMANN/NEWMAN 2007, p. 426; HAMDANI/KLEMENT 2008, p. 274; PARKER 2014 2014, p. 87.
- 31 Vid. al respecto DÍEZ RIPOLLÉS 2012, pp. 2 y ss.; ídem 2020, pp. 160 y ss.; URRUELA MORA 2012, p. 420; ORTIZ DE URBINA 2013, pp. 268 y ss.; ZUGALDÍA ESPINAR 2013a, pp. 15, 25 y ss.
- 32 En el XIX comienza a reconocerse en EEUU una responsabilidad penal objetiva (*strict liability*) y por el hecho de otro (*vicarious liability – respondeat superior*) para las personas jurídicas. Inicialmente para *crimes not requiring criminal intent*. Posteriormente se extiende, a principios del siglo XX, a los *crimes of intent* (*Supreme Court – 1909 - New York Central & Hudson River Railroad Co. v. United States*), vid. FISSE 1983, pp. 1193 y ss.; KHANNA 1996, pp. 1481 y ss. Vid. también FISCHER/SYKES 1996, pp. 333 y ss.; LAUFER 1999, pp. 1362 y s.; WEISSMANN/NEWMAN 2007, pp. 419 y ss.; ROBSON 2010, pp. 111 y ss.; DEL ROSAL BLASCO 2011, pp. 46 y ss.; BRICKEY 2014, pp. 602 y s.; MARKOFF 2013, pp. 802 y ss.; ORTIZ DE URBINA 2014,

impulsado básicamente porque la ausencia de sanción penal de estas podía comprometer la eficacia de las leyes³³.

(5) De manera coherente con ello, la discusión no se ha centrado en EEUU exclusivamente en su desarrollo teórico³⁴, una parte importante del debate ha recaído en su eficacia preventiva y en sus costes³⁵. En este nivel de eficiencia se analiza, por ejemplo, si podría ser suficiente la responsabilidad civil y/o las sanciones administrativas para conseguir el efecto preventivo deseado o si este requiere la amenaza y la condena penal. Es decir, estos efectos positivos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas también son cuestionados. Así, se debe admitir que a veces hay una fe excesiva en la capacidad preventiva de la responsabilidad penal³⁶, que no se ha valorado completamente la que tiene la persecución

p. 112; FERNÁNDEZ CASTEJÓN 2017, pp. 84 y ss.; ORTIZ DE URBINA/CHIESA 2019, pp. 1504 y ss.

En UK la *Joint Stock Company Law* de 1844 reconocía la responsabilidad civil y criminal de las personas jurídicas. Sobre la evolución en UK vid. BUSATO 2019, pp. 21 y ss.

Según MOLINA FERNÁNDEZ (2016, pp. 404 y s.) ello se puede realizar sin generar conflictos en el sistema de responsabilidad penal angloamericano porque el principio de culpabilidad no tenía tanta relevancia como en los sistemas de tradición germánica. JIMENO BULNES (2019, p. 9) añade que otro factor a tener en cuenta es la inexistencia de un derecho administrativo sancionador en sentido estricto en el derecho anglosajón.

- 33 Vid. ROBSON 2010, pp. 112 y s.
- 34 Nivel de coherencia del sistema penal en el que, empero, existen importantes discusiones. Se plantea, por ejemplo, la posibilidad de restringir la responsabilidad vicarial a los actos realizados por sus representantes legales; la necesidad de valorar el grado de diligencia de la empresa al determinar la pena; la posibilidad de establecer un sistema de responsabilidad autónomo de la empresa con su propia culpabilidad, etc.
- 35 Vid. sobre ambos niveles FISSE 1983, pp. 1145 y ss.; KHANNA 1996, pp. 1477 y ss.; ídem 2000, apart. VI.F; FISCHER/SYKES 1996, pp. 319 y ss.; LAUFER 1999: 1343 y ss.; FRIEDMAN 2000, pp. 833; BUELL 2006, pp. 473 y ss.; WEISSMANN/NEWMAN 2007, pp. 411 y ss.; HAMDANI/KLEMENT 2008, pp. 271 y ss.; ALSCHULER 2009, pp. 1359 y ss.; HASNAS 2009, pp. 1329 y ss.; BEALE 2009, pp. 1481 y ss.; HENNING 2009, p. 1417 y ss.; ídem 2010, pp. 83 y ss.; MARKOFF 2013, pp. 802 y ss.
- 36 Críticos con las razones pragmáticas, sobre todo porque los objetivos político-criminales perseguidos no se consiguen necesariamente mediante la atri-

penal de las personas físicas insertas en las empresas³⁷ o la actuación por vía administrativa³⁸ y civil³⁹ sobre las personas jurídicas y que el miedo a la responsabilidad penal podría provocar un resultado distinto del deseado: menos control interno y falta de comunicación (e incluso ocultación) de las infracciones⁴⁰, una preocupación por evitar la responsabilidad penal antes que por prevenir delitos⁴¹.

Se afirma, por ejemplo, que las sanciones administrativas pueden incluir sanciones interdictivas con una naturaleza incoizadora y tener mayor efecto intimidatorio que la penal porque poseen mayor severidad o porque al someterse a un proceso menos formalizado y con menores garantías muestran una mayor probabilidad y celeridad de imposición⁴².

bución de responsabilidad penal a las personas jurídicas, SILVA SÁNCHEZ 2013, p. 18; PALMA HERRERA 2014, p. 161; GONZÁLEZ RUS 2014, pp. 37 y ss.; SCHÜNEMANN 2014, p. 515; GÓMEZ MARTÍN 2016, p. 254. Crítico igualmente porque la introducción de la responsabilidad de las personas jurídicas en España no se acompañó de un estudio empírico que avalará su eficacia preventiva, SILVA SÁNCHEZ 2020, p. 325.

- 37 Vid. FERNÁNDEZ CASTEJÓN 2017, pp. 72 y ss. Por ejemplo, PATERNOS-TER/SIMPSON (1996, p. 580) destacan que la amenaza penal y las sanciones sobre los directivos son un «(...) factor relevante para apoyar la creencia moral de que los delitos empresariales son malos» y FERNÁNDEZ CASTEJÓN (2017, pp. 76) que la responsabilidad exclusiva de la persona jurídica reduciría la percepción de certeza de la sanción sobre la física.
- 38 Vid. ORTIZ DE URBINA 2013, pp. 274 y s.
- 39 Vid. FISCHER/SYKES 1996, p. 332; KHANNA 1996, pp. 1532 y ss.; ídem 2000, apart. VI.F.
- 40 Vid. LAUFER 1999, p. 1367; KHANNA 2000, apart. III.A.a; ALSCHULER 2009, p. 1377; HAMDANI/KLEMENT 2008, pp. 276; ROSO CAÑADILLAS 2020, p. 34.
- 41 LAUFER (1999, pp. 1371 y s., 1408 y ss., 1415 y ss.) sostiene que puede haber más preocupación por tener una aparente reputación de cumplimiento que por alcanzar un auténtico respecto a la ley. Cuando no se comprueba si el cumplimiento es efectivo la empresa recibe mayores incentivos para simularlo.
- 42 Así, ORTIZ DE URBINA 2013, pp. 274 y s., que indica, además, que, si hay una sanción administrativa más eficaz y menos lesiva, optar por la pena supone una infracción del principio de *ultima ratio*. En contra, PÉREZ MACHÍO 2017, pp. 24 y s. que mantiene que a pesar de esta mayor certeza y celeridad el efecto preventivo de la sanción penal siempre es mayor.

También se señala que la sanción penal no siempre tiene un mayor coste reputacional que la administrativa (ni siquiera que el que provoca la responsabilidad civil⁴³). Este depende principalmente de la valoración que la comunidad haga de la conducta realizada con independencia de la vía por la que haya sido sancionada⁴⁴. De este modo, si la sociedad no reprocha directamente a la empresa su defecto de organización, sino el hecho delictivo cometido por la persona física, podría tener el mismo efecto reputacional negativo un sistema que combine la responsabilidad administrativa de las personas jurídicas con la penal de las físicas vinculadas con ellas⁴⁵. Por último, la generalización de la sanción penal de las personas jurídicas puede llegar a verse como normal y reducir los costes reputacionales⁴⁶.

Es evidente que el derecho penal no puede ser la única vía para depurar la responsabilidad de las personas jurídicas, ni el único mecanismo disuasorio y que fomente la interiorización de las normas. Debe concurrir con otras vías jurídicas mediante sistemas de respuesta estructurada (civil/administrativa, acceso limitado a la penal) en función de los bienes jurídicos afectados, las formas de agresión, su gravedad, etc. Siempre reflexionando sobre la necesidad, la adecuación preventiva (en un plano de eficacia y eficiencia) y la cuantía de la sanción penal. Se debe acudir, en suma, al derecho penal para reforzar la responsabilidad civil. Este debe integrarse en un sistema sancionatorio dual que teóricamente genera un mayor efecto disuasorio y que asegura un mayor grado de respeto del marco normativo que regula el ejercicio de las actividades que desarrollan las personas jurídicas⁴⁷.

43 KHANNA (2000, apart. VI.H) destaca que los «estudios sobre los efectos reputacionales sugieren que en igualdad de condiciones hay poca diferencia en la cantidad de reputación que una empresa pierde en función de que su conducta se catalogue como criminal o civil».

44 Vid. ORTIZ DE URBINA 2013, pp. 274 y s.

45 Vid. ORTIZ DE URBINA 2013, pp. 274 y s.

46 Vid. para las personas físicas, KENNEDY 2016, p. 121.

47 MAKKAI/BRAITHWAITE (1994, p. 367) mantienen que el sistema legal debería ofrecer una pirámide de alternativas sucesivas de actuación para conseguir disuadir a una organización. De este modo, primero debería intentarse la persuasión y la reintegración. Solo cuando estas fracasasen deberán optarse por sanciones e incapacitaciones. De manera parecida KÖLBEL (2013, pp. 518 y s.) defiende la necesaria mezcla entre un sistema de regulación de la responsabilidad conciliativo (que recurre al asesoramiento, incentivos y persuasión) y confrontativo (basado en el control y las sanciones penales).

Además, un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas no es incompatible con la sanción penal de las físicas vinculadas con ellas. Se obtendrá mayor eficacia preventiva si se mantienen ambas⁴⁸.

(6) En conclusión, existen dos planteamientos político-criminales extremos sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Desde un punto de vista sistemático se mantiene que su diseño sería inconsistente con un sistema penal basado en el merecimiento deontológico individualista. En el lado contrario, se dice que este debe concebirse por los efectos preventivos y expresivos que puede suscitar, aunque sea a costa de la coherencia del sistema penal vigente.

Una visión intermedia sostiene que la decisión político criminal de admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas responde a necesidades preventivas, pero no se debe basar exclusivamente en estas⁴⁹. Debe encajar dentro de un sistema de responsabilidad penal basado en un merecimiento deontológico individualista⁵⁰, pero «ajustado» a la naturaleza no humana de los entes jurídicos⁵¹. Ello requiere reinterpretar los principios ordenadores del derecho penal⁵², modificar algunas institu-

48 Vid. FERNÁNDEZ CASTEJÓN 2017, p. 72.

49 Aunque podría hacerlo. El criterio de distribución de la responsabilidad penal no tiene que ser siempre el merecimiento. Se puede basar exclusivamente en los principios de disuasión y/o inocuización (este último propio de las medidas de seguridad).

50 Consideran necesario fundamentar la responsabilidad penal de las personas jurídicas según el merecimiento y no solo en razones preventivas, VARELA/MANSDÖRFER 2021, p. 112.

51 Se trata de superar la predominante imagen «(...) psicológico-naturalista del autor del delito», ZUGALDÍA ESPINAR 2013a, p. 27.

52 Necesidad de adaptación que no solo es la consecuencia de la aparición de la responsabilidad de las personas jurídicas. Por ejemplo, respecto al sistema penal en general, ROBINSON (2012, pp. 163 y ss., 225 y ss.) defiende un criterio de merecimiento empírico que «(...) se constituye por aquellos principios de justicia en los que la ciudadanía se apoya intuitivamente al formular juicios sobre la reprochabilidad, no por los puntos de vista expresados por ésta sobre asuntos sometidos a un debate público» (ROBINSON 2012, p. 225). Así, se puede exigir una culpabilidad del infractor que «(...) se infiere de las intuiciones sobre la justicia de la comunidad reveladas por investigaciones científico-sociales controladas que determinan los factores que influyen la valoración que las personas hacen sobre la culpabilidad de los infractores», ROBINSON 2012, p. 163.