



UNIVERSITAT DE
BARCELONA

Naturaleza y fin de la sanción penal para la persona jurídica

Mauricio Camacho Almanza

ADVERTIMENT. La consulta d'aquesta tesi queda condicionada a l'acceptació de les següents condicions d'ús: La difusió d'aquesta tesi per mitjà del servei TDX (www.tdx.cat) i a través del Dipòsit Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha estat autoritzada pels titulars dels drets de propietat intel·lectual únicament per a usos privats emmarcats en activitats d'investigació i docència. No s'autoritza la seva reproducció amb finalitats de lucre ni la seva difusió i posada a disposició des d'un lloc aliè al servei TDX ni al Dipòsit Digital de la UB. No s'autoritza la presentació del seu contingut en una finestra o marc aliè a TDX o al Dipòsit Digital de la UB (framing). Aquesta reserva de drets afecta tant al resum de presentació de la tesi com als seus continguts. En la utilització o cita de parts de la tesi és obligat indicar el nom de la persona autora.

ADVERTENCIA. La consulta de esta tesis queda condicionada a la aceptación de las siguientes condiciones de uso: La difusión de esta tesis por medio del servicio TDR (www.tdx.cat) y a través del Repositorio Digital de la UB (diposit.ub.edu) ha sido autorizada por los titulares de los derechos de propiedad intelectual únicamente para usos privados enmarcados en actividades de investigación y docencia. No se autoriza su reproducción con finalidades de lucro ni su difusión y puesta a disposición desde un sitio ajeno al servicio TDR o al Repositorio Digital de la UB. No se autoriza la presentación de su contenido en una ventana o marco ajeno a TDR o al Repositorio Digital de la UB (framing). Esta reserva de derechos afecta tanto al resumen de presentación de la tesis como a sus contenidos. En la utilización o cita de partes de la tesis es obligado indicar el nombre de la persona autora.

WARNING. On having consulted this thesis you're accepting the following use conditions: Spreading this thesis by the TDX (www.tdx.cat) service and by the UB Digital Repository (diposit.ub.edu) has been authorized by the titular of the intellectual property rights only for private uses placed in investigation and teaching activities. Reproduction with lucrative aims is not authorized nor its spreading and availability from a site foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository. Introducing its content in a window or frame foreign to the TDX service or to the UB Digital Repository is not authorized (framing). Those rights affect to the presentation summary of the thesis as well as to its contents. In the using or citation of parts of the thesis it's obliged to indicate the name of the author.



UNIVERSITAT^{DE}
BARCELONA

Facultat de Dret

Programa de Doctorado en Derecho y Ciencia Política

Línea de Investigación: Derecho Penal y Ciencias Penales

NATURALEZA Y FIN DE LA SANCIÓN PENAL PARA LA PERSONA JURÍDICA

Directora: Dra. Ujala Joshi Jubert

Tutora: Dr. Juan Carlos Hortal Ibarra

Mauricio Camacho Almanza

Barcelona 2021

AGRADECIMIENTOS

A mi familia por su paciencia y su soporte recibido durante este tiempo, a mis padres especialmente por ser quienes me pusieron en el camino del estudio y trabajo del Derecho.

A mi directora la Dra. Ujala Joshi Jubert, quién me mostró, desde el primer momento hasta el último, su apoyo, guía y confianza para la elaboración de la presente tesis. Este trabajo fue posible gracias a ella.

A los Dres. Eduardo Bajet y Santiago Bueno, quienes han sido amigos y mentores desde que llegué a Barcelona, y cuyas aportaciones permitieron ultimar muchos detalles de la presente tesis.

La elaboración de la presente tesis es la combinación de un esfuerzo académico pero también de un apoyo anímico, y por esto último agradezco a mi amigo Fernando Maiz.

RESUMEN

La apertura del Código Penal a la posibilidad de hacer responsable penalmente a la persona jurídica invita a plantear nuevas propuestas dogmáticas sobre instituciones como la pena. Aunque sea mayoritaria la posición doctrinal que entiende que la sanción penal debe ser considerada como una sanción administrativa o una medida de seguridad, también hay espacio para desarrollar argumentos que defiendan que esta forma de sanción es una verdadera pena, aunque con ciertos matices. Considerar que las sanciones que el Código Penal establece para una persona jurídica son verdaderas penas no debería resultar extraño o indefendible. Primero porque imponer penas a colectivos, y en particular a personas jurídicas, no es una novedad sino un acontecimiento que tiene precedentes a lo largo de la historia del derecho europeo. Segundo porque la persona jurídica puede llegar a adquirir ciertas características y capacidades que le permiten ser castigada con una pena en términos más o menos similares que en el caso de una persona física. Esto último se ve favorecido por un proceso penal que es flexible y permite la entrada a esta entidad como parte pasiva, pero siempre manteniendo el respeto por las garantías y derechos fundamentales que deben estar presente en todo momento. Es justamente este proceso penal, que a su vez permite distinguir entre una pena y una sanción administrativa, y acaba revistiendo a la primera con un efecto estigmatizador que no está presente en esa segunda clase de sanción. Además esta diferenciación se ve reforzada por otra serie de factores como las distinciones entre el catálogo de penas para la persona jurídica y las sanciones administrativas que pueden imponerse a esta entidad: notablemente con la aparición de figuras como la pena disolución o la intervención judicial desconocidas por el derecho administrativo sancionador. Asimismo en un Derecho Penal que hoy en día se caracteriza por su expansión, se abre la posibilidad a entender que la pena también puede cumplir su fin cuando se impone a una persona jurídica, flexibilizando ciertos principios que rigen en esta rama penal.

ÍNDICE

Abreviaturas (pág. 10)

Introducción (pág. 11)

CAPÍTULO I. La evolución histórica del castigo penal para la persona jurídica (pág. 18)

A. La pena a las personas jurídicas en el Derecho Romano (pág. 18)

B. La pena en la época Medieval (pág. 25)

1. La posición de Juan Basiano (pág. 25)

2. Las primeras regulaciones e interpretaciones sobre el castigo penal para la persona jurídica (pág. 26)

C. La Edad Moderna y las Ordenanzas previas a la Revolución Francesa (pág. 31)

D. El Ordenamiento Jurídico español frente al castigo penal de la persona jurídica (pág. 36)

1. El siglo XIX (pág. 37)

2. El siglo XX (pág. 41)

CAPÍTULO II. La capacidad de imponer una pena a la persona jurídica (pág. 50)

A. La decisión legislativa de castigar penalmente a la persona jurídica (pág. 51)

B. La crítica a la construcción teórica sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica (pág. 54)

1. La crítica tradicional (pág. 54)

2. Un camino alternativo: la prevención reactiva (pág. 58)

C. Las aptitudes procesales y personales de la persona jurídica para ser sujeto de la aplicación de una pena (pág. 62)

1. El camino procesal para imponer una pena a la persona jurídica (pág. 63)

- 1.1. Representación y defensa de la persona jurídica (pág. 64)**
 - 1.1.1. Representación (pág. 64)**
 - 1.1.2. Asistencia letrada de la persona jurídica (pág. 70)**
- 1.2. Declaración y derecho de no incriminación de la persona jurídica (pág. 72)**
- 1.3. La conformidad de la persona jurídica (pág. 74)**
- 1.4. La actividad probatoria en el proceso penal (pág. 81)**
 - 1.4.1. El objeto de prueba (pág. 82)**
 - 1.4.2. Carga de la prueba (pág. 93)**
- 2. La persona jurídica como ente racional, moral y capaz de ser penada (pág. 99)**
 - 2.1. La capacidad de razonar de una persona jurídica (pág. 100)**
 - 2.1.1. La autonomía de la persona jurídica (pág. 100)**
 - 2.1.2. Racionalidad de la persona jurídica (pág. 106)**
 - 2.2. La persona jurídica como ente moral (pág. 110)**

CAPÍTULO III. La relación y diferenciación entre la pena y la sanción administrativa para la persona jurídica (pág. 117)

- A. La defensa de identidad entre pena y sanción administrativa (pág. 118)**
 - 1. La aproximación entre la pena clásica y la sanción administrativa (pág. 118)**
 - 1.1. Los baremos de comparación para determinar la naturaleza de una sanción (pág. 119)**
 - 1.2. La crítica de la defensa de diferenciación entre pena y sanción administrativa (pág. 123)**
 - 2. La igualdad entre pena y sanción administrativa desde la perspectiva del derecho administrativo (pág. 125)**
 - 2.1. Contexto histórico (pág. 125)**
 - 2.2. Tendencia de despenalización e influencia del Common Law (pág. 127)**

2.3. Los principios que rigen la aplicación de sanciones administrativas y penas (pág. 128)

3. La problemática aplicación del principio <<no bis in ídem>> (pág. 137)

B. Diferenciación entre pena y sanción administrativa (pág. 140)

1. Fraude de etiquetas (pág. 141)

2. Comparación entre las penas para las personas jurídicas y las sanciones administrativas (pág. 143)

2.1. Consideraciones generales (pág. 145)

2.2. Estudio comparativo de penas para la persona jurídica y sanciones administrativas (pág. 152)

2.2.1. La multa (pág. 152)

2.2.2. Prohibición de realizar determinadas actividades (pág. 157)

2.2.3. La clausura de locales y establecimientos (pág. 159)

2.2.4. La inhabilitación (pág. 161)

2.2.5. La intervención judicial (pág. 164)

2.2.6. La disolución (pág. 168)

2.3. La situación peculiar de la multa, la prohibición de actividades, la inhabilitación y la clausura de locales y establecimientos (pág. 174)

2.4. El rol del proceso penal y del procedimiento sancionador administrativo en la diferenciación de la pena y la sanción administrativa (pág. 177)

2.4.1. El modo de inicio del proceso (pág. 177)

2.4.2. La adopción de medidas cautelares (pág. 181)

2.4.3. El juicio oral (pág. 185)

2.4.4. El efecto estigmatizador de la pena (pág. 190)

CAPÍTULO IV. El fin de la pena de la persona jurídica (pág. 194)

A. La culpabilidad de la persona jurídica (pág. 195)

1. La ausencia de una culpabilidad tradicional (pág. 195)

1.1. La culpabilidad como categoría del derecho penal (pág.197)

- 1.2. La culpabilidad en su sentido amplio (pág. 198)
2. El principio de culpabilidad y la segunda velocidad del derecho penal (pág. 204)
- B. Las posiciones doctrinales sobre el fin de la pena para la persona Jurídica (pág. 208)
 1. Prevención general disuasoria (pág. 208)
 2. Prevención general negativa (pág. 213)
 3. Prevención general positiva (pág. 219)
 4. La retribución (pág. 223)
 5. Toma de postura (pág. 231)
 - 5.1. El fin de la pena de multa (pág. 232)
 - 5.2. El fin de las penas c) a g) del artículo 33.7 del Código Penal (pág. 237)
 - 5.3. El fin de la pena de disolución (pág. 243)
 6. La situación de las consecuencias del artículo 129 (pág. 244)

CONCLUSIONES (pág. 247)

BIBLIOGRAFÍA (pág. 255)

ABREVIATURAS

(CP) Código Penal

(DGSFP) Dirección General de Seguro y Fondos de Pensiones

(DIC) Decisión Interna Corporativa

(FGE) Fiscalía General del Estado

(LECrím) Ley de Enjuiciamiento Criminal

(LOPJ) Ley Orgánica del Poder Judicial

(LOTJ) Ley Orgánica del Tribunal del Jurado

(LPAC) Ley del procedimiento sancionador de las Administraciones Públicas

(LPSPV) Ley de la Potestad Sancionadora de las administraciones públicas del País Vasco

(LRJSP) Ley del Régimen Jurídico del Sector Público

(LSC) Ley de Sociedades de Capital

(STS) Sentencia del Tribunal Supremo

(TEDH) Tribunal Europeo de Derechos Humanos

(STS) Sentencia del Tribunal Supremo

INTRODUCCIÓN

Aunque la responsabilidad penal de las personas jurídicas es un tema que parece haberse discutido de forma extenuante, hoy aún resulta novedoso y objeto de interés a pesar de los extensos e intensos argumentos a favor y en contra de esta cuestión. La doctrina ha dejado muchos puntos por resolver porque es un tema que afecta a cuestiones conceptuales básicas. Con la reforma del Código Penal en el año 2010, se abrió la posibilidad en España de hacer penalmente responsable a una persona jurídica. Y en estos 10 años no ha sido una labor fácil para la teoría del delito y de la pena construir un diseño de responsabilidad para una entidad con características particulares que la desmarquen y la diferencien notoriamente de una persona física. Por si sola, la responsabilidad penal de una persona física, tal y como la conocemos hoy en día, es el resultado de una histórica y aún vigente discusión doctrinal; traer a la rama del derecho penal la figura de la persona jurídica como sujeto capaz de recibir una pena ha conllevado un sinnúmero de discusiones doctrinales, y es el origen de más dudas que de soluciones. Y si resalto de que se trata de un tema relativamente novedoso, tan sólo hace falta observar la posterior reforma del código penal de 2015 que aumentó y modificó la regulación de las personas jurídicas en el artículo 31 bis y siguientes. Tan sólo cinco años después de su introducción en el código penal, el legislador entendió que aún había aspectos que necesitaban ser mejor desarrollados respecto a la regulación de las personas jurídicas. Decíamos que era un tema clásico y novedoso que afecta a la legislación de varios países. Esta tendencia de imponer penas a las personas jurídicas de una manera muy parecida al que implementó el legislador español en el código penal se ve repetido por ejemplo en Argentina (2018), seguido del de Ecuador (2014) y con más antelación el de Chile (2009); Bolivia aprobó una reforma de su código penal en el año 2017 que incluía este tipo de responsabilidad penal, pero dicha reforma se derogó en enero del siguiente año.

La elección de este tema también responde a la controvertida discusión que suscita entre quienes se oponen a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y quienes la defienden. Se trata de una discusión que no encuentra ningún ángulo de

entendimiento y que, desde un punto de vista teórico, es un tema que ha exigido un esfuerzo y una construcción argumentativa a ambas posiciones; es decir, la discusión es suficientemente amplia para escoger y analizar alguno de sus elementos y poder realizar un estudio íntegro como el que ahora se propone.

De forma muy simplificada y breve puedo dar una idea de esta contraposición de ideas:

- Quienes defienden la responsabilidad penal de las personas jurídicas, en su mayoría, entiende que hay una forma de adaptación del hilo conductor tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad, para que estas fictio-personas, sin cuerpo material, puedan ser sujetos de responsabilidad penal. Esta adaptación ha intentado defender que en estos casos existe: una acción que consistiría en la aptitud de la persona jurídica para organizarse; una tipicidad objetiva que se verificaría porque dentro de la persona jurídica existe un <<defecto de organización>>; una tipicidad subjetiva que se produce porque dentro de esa organización se conocía aquel riesgo empresarial; y una culpabilidad que para algunos autores es el producto de que la persona jurídica está contaminada por una <<cultura empresarial de infidelidad al derecho>>.
- Por otra parte, quienes critican esta construcción dogmática aseguran que hay una incapacidad de acción de la persona jurídica. Sin importar las ficciones que se quieran construir, sobre una posible capacidad de acción de las personas jurídicas, quien realiza en última instancia la ejecución material del hecho típicamente relevante siempre es una persona física. En este sentido, esta posición doctrinal es tajante al establecer que el delinquir es una acción propia de un ser humano. Y si falta la capacidad de acción, no se podría dar ninguna de las otras categorías de la teoría del delito: no habría antijuricidad porque faltaría uno de sus elementos esenciales como lo es la acción y, por supuesto, no habría culpabilidad de una persona jurídica si desde un principio esta nunca actuó. Considera esta posición que ninguna

de las formas de culpabilidad de la persona jurídica que se vienen defendiendo (por ejemplo podemos citar la culpabilidad por la conciencia especial de la persona jurídica, culpabilidad por el defecto de organización, culpabilidad por una cultura empresarial de infidelidad al derecho, culpabilidad por no evitación de los fallos organizativos de la personas jurídica, culpabilidad por no evitación de las influencias criminógenas de la persona jurídica, entre otras) son realmente una culpabilidad por hecho propio, vertiente del principio de culpabilidad que se exige para que una persona responda por un delito.

De todos los aspectos que pueden ser discutidos sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas, hay uno que considero que no ha sido suficientemente analizado: la teoría de la pena en el caso de las personas jurídicas. Se encuentra a faltar el estudio de algunos aspectos que eran la razón última que me invitó a realizar el siguiente estudio.

A mi entender, se debe encontrar una solución a una problemática insuficientemente tratada por la doctrina: el significado de poder imponer una pena a una persona jurídica, y qué fines cumple dicha pena dentro del sistema penal. Quienes defienden la responsabilidad penal de las personas jurídicas admiten sin mucho problema la posibilidad de imponer una pena a estas personas, olvidando que la teoría de la pena es otra institución pensada y construida en función a las características de una persona física. Y quienes están en contra de dicha responsabilidad se enfocan en desbaratar la teoría del delito de la persona jurídica; pero no prestan atención al hecho de que, a pesar de las falencias de su construcción teórica, la realidad es que la persona jurídica puede sufrir la imposición de una pena y esto tiene un significado para el derecho penal que requiere una explicación argumentativa. La posibilidad de imponer una pena a la persona jurídica es una realidad que, hoy por hoy, a mi entender, ha llegado para quedarse y merece, por tanto, incidir en su estudio y encontrar argumentaciones por vía de la doctrina.

Para llevar a cabo la presente investigación me enfocaré en dos elementos: por un lado está la persona jurídica y por otra las sanciones penales que el Código Penal prevé para una persona jurídica penalmente responsable.

Tener como enfoque a la persona jurídica significa que habrá que entender las críticas de la teoría del delito que defienden aquellos que están en contra de una responsabilidad penal de la persona jurídica. La razón que me llevará por este camino es que estas críticas reivindican, entre otras cosas, la falta de culpabilidad de las personas jurídicas. Y la imposición de una pena es la consecuencia que se impone a quien cometió un hecho típico, antijurídico y culpable. En consecuencia, no puede imponerse una pena a quien no tiene capacidad para ser culpable. Sin embargo, en esta tesis defendiendo la idea de que la persona jurídica sí puede llegar a poseer, en cierta medida, las aptitudes necesarias para que pueda ser considerada culpable. Por lo que parte de la presente investigación se centrará en analizar cuáles son estas aptitudes de la persona jurídica que abrirían la posibilidad de hablar de una culpabilidad de estas entidades.

Pero ello no es suficiente para entender la sanción penal que se aplica a la persona jurídica. Si por un lado debe analizarse la situación y las características de la persona jurídica, también debe prestarse atención al catálogo de sanciones que el Código Penal prevé para estas personas. Esto me llevará primero a hacer una comparación con otro sistema de sanciones: aquel que pertenece al derecho administrativo. La aparente similitud, entre las sanciones administrativas y las sanciones penales que pueden imponerse a una persona jurídica, ha llevado a una posición doctrinal a considerar que ambas instituciones sancionadoras tienen la misma naturaleza para el caso de esta entidad. Por ello es imprescindible que la presente investigación preste atención a las posibles similitudes y diferencias que presenten estos dos sistemas de sanciones.

Considerando que toda sanción penal tiene un fin, hará falta determinar cuál es aquel que corresponde al de la persona jurídica. Para ello estudiaré las propuestas teóricas sobre fin de la pena, y así posteriormente poder discernir si alguna de ellas se amolda a la realidad de la persona jurídica dentro del sistema penal.

Para llevar a cabo el estudio que me he propuesto, dividí la tesis en cuatro grandes capítulos.

El primer capítulo lleva como título “La evolución histórica del castigo penal para la persona jurídica”. En este capítulo se plantea la hipótesis de que la pena para la persona jurídica no es una novedad sin precedente alguno. Al contrario, se trata de una institución que ha ido evolucionando y cambiando a lo largo del tiempo en función a una serie de circunstancias históricas y culturales, adaptándose a los valores que priorice la sociedad en un momento determinado. En este capítulo creo que es obligado situar el ámbito de lo que se pretende estudiar, recapitulando en la historia con los hitos principales que luego dan sentido al estudio; especialmente en puntos significativos como la atribución de una pena a lo largo del tiempo. Nuestra síntesis histórica abarca hitos puntuales, como he dicho desde el Derecho Romano hasta llegar a la Revolución Francesa. También haré referencia a los antecedentes penales en este tema en el derecho penal español en los siglos XIX y XX.

El segundo capítulo lleva por título “La capacidad de imponer una pena la persona jurídica”. Esta parte del trabajo parte de la hipótesis de que la persona jurídica, aunque se diferencie notablemente del sujeto tradicional del derecho penal, es decir la persona física, puede ser procesada penalmente sin inconvenientes, y puede llegar a desarrollar aptitudes que la hagan capaz de recibir una pena. Este segundo capítulo analiza el proceso penal de la persona jurídica para ver si sus diferencias respecto a aquel de la persona física conducen a un resultado sancionador diferente al de una pena; y también analiza cuáles son estas aptitudes que podría desarrollar la persona jurídica para ser capaz de recibir una pena.

El tercer capítulo se denomina “La relación y diferenciación entre la pena y la sanción administrativa para la persona jurídica”. En este capítulo se mantiene la hipótesis de que la pena comparte características con la sanción administrativa, pero no se identifica con ella. El primer paso de este capítulo es identificar qué rasgos comparte la pena con la sanción administrativa; el segundo paso consiste en reconocer las diferencias entre la pena de la persona jurídica y la sanción administrativa, y analizar cómo estas diferencias son más determinantes que las

similitudes y obligan a identificar a la pena como una institución sancionadora diferenciada.

El cuarto y último capítulo lleva el título “El fin de la pena de la persona jurídica”. El último capítulo analiza una a una las posiciones doctrinales, que consideramos más relevantes, y que han intentado explicar cuál es el fin que debe perseguir una pena impuesta a una persona jurídica. El propósito de ello es discernir si alguna de ellas se adecua a la concepción que esta tesis propone respecto a cuál es la naturaleza de la sanción penal de la persona jurídica, o si permiten ayudarme a elaborar una propuesta propia de cuál es ese fin perseguido por el castigo penal a este tipo de entidad.

Estos cuatro capítulos serán la columna vertebral del estudio. Aunque guarden relación entre ellas, cada una de las hipótesis exige la realización de un estudio diferenciado y posiblemente esta sea la mejor forma de abordar un tema como el que propongo.

Este estudio es deudor en gran parte de una metodología teórica-práctica. Es decir, un método que por un lado se apoye en la búsqueda, selección y clasificación de bibliografía y fuentes documentales. Lo importante será extraer ideas de obras bibliográficas que ayuden a alcanzar los objetivos propuestos y entren en coherencia con el objeto del estudio. Esto se logrará a través del desarrollo de argumentos que respondan a las hipótesis planteadas: por lo que deberán construirse argumentos analíticos y demostrativos, que no obvien las objeciones y críticas. Se trata de hacer una investigación hipotética-deductiva. Inferir a partir de las críticas sobre la teoría del delito de la persona jurídica y de las características observadas sobre el sistema de penas de estas entidades, para proponer una construcción de la teoría de la pena de estas personas jurídicas. Y por otro lado, hacer uso y analizar la jurisprudencia, de forma mayoritaria aquella que imponga penas a las personas jurídicas, para dar un respaldo y una corroboración empírica a la construcción argumentativa que se elabore.

Como es sabido, los datos históricos trazan una línea de evidencia y de explicación de un fenómeno, sirven para entender cómo se ha ido desarrollando dicho

fenómeno y qué podría esperarse en determinados momentos histórico-culturales. Ya que el significado actual de la pena y sus funciones son el producto de un largo recorrido, se necesita entender porque la pena es una institución que ha ido cambiando y puede seguir haciéndolo actualmente. Además, las circunstancias históricas también pueden dar una referencia de las funciones que hoy tendría la pena, ahora que se puede imponer a personas que carecen de un cuerpo físico y de capacidades volitivas y cognitivas propias.

CAPÍTULO I. LA EVOLUCIÓN HISTÓRICA DEL CASTIGO PENAL PARA LA PERSONA JURÍDICA

Aunque es cierto que la reforma del Código Penal del año 2010 regulaba de forma expresa por primera vez la responsabilidad penal de la persona jurídica, no menos cierto es que el castigo penal de la persona jurídica es una institución que ya lleva años presente en el derecho continental. El interés de estudiar la historia del derecho penal en este primer capítulo persigue evidenciar, una vez más, que el castigo penal de la persona jurídica no es una novedad del año 2010 sin precedente alguno; su presencia se remonta al Derecho Romano, sobreviviendo a la Edad Media y Moderna y siendo regulada por Ordenanzas francesas previas a la Revolución Francesa de 1789. Para llevar a cabo este primer capítulo seguiré las líneas de dos autores: Achilles Mestre y Víctor Martínez Patón. La elección del primer autor se debe a que su tesis, presentada en 1899, rompe con la tendencia de la doctrina mayoritaria iniciada por Savigny que afirma que el Derecho Romano no reconoció la responsabilidad penal de las *universitates*, y defiende que la institución de la pena ya era aplicada por los juristas romanos a estas *universitates* y perduró por varios siglos hasta llegar a la Revolución Francesa. También parece interesante señalar, sin ánimo de profundizar mucho en ello pero para mostrar la visión avanzada del autor, que Mestre¹ ya hace más de 100 años comenzó a desengranar y desarrollar cómo podía argumentarse que la persona jurídica podía delinquir y ser penada: estableció unas condiciones para poder hablar de la comisión de un delito por parte de la persona jurídica (comisión del acto delictivo por un órgano de la persona jurídica y no de uno de sus representantes, que el órgano hubiera actuado dentro de la esfera de sus facultades, que la comisión del acto delictivo hubiera sido querido por dicho órgano) y definió una realidad de la persona jurídica diferenciada de los individuos que la integraban porque la primera no es una simple suma de voluntades, sino la consecuencia de un proceso de unión grupal que da origen a una voluntad propia; pero también propuso una clasificación

¹ MESTRE, ACHILLES. (1899). *Las personas morales y su responsabilidad penal*. Traducido por CAMARGO Y MARÍN, CÉSAR. (pág. 225-230; 242-249). En Madrid: editorial Góngora.

de penas para la persona jurídica (según afectaran su libertad, sus derechos o su patrimonio) e intentó definir una autorresponsabilidad de la persona jurídica por la que debía imponerse una pena a esta persona, separada de la responsabilidad penal de la persona física que debía ser considerada como coautora del delito; también es pertinente recordar que Mestre define en grandes rasgos la obra de Víctor Martínez, y así lo reconoce el propio autor. En cuanto a Martínez, su obra es un interesante y completo estudio histórico tanto del derecho romano, medieval y francés pre y post revolucionario, como de los antecedentes jurídicos españoles previos a la entrada en vigor de la reforma del Código Penal del 2010; añade muchos más datos históricos que el propio Mestre, e incluso llega a analizar la etapa post revolucionaria francesa que es olvidada por el autor francés (Mestre consideró que con la eliminación de las compañías, la Revolución Francesa había negado la posibilidad de exigir una responsabilidad penal a las personas jurídicas). No pretendo hacer una recapitulación detallada de todo el recorrido histórico de la pena para la persona jurídica, que podría ser objeto de un estudio independiente como lo muestra Martínez, pero sí debo resaltar aquellos momentos que considero más relevantes y que evidencian la existencia de la institución de la pena impuesta a colectivos en épocas pasadas.

A. La pena a las personas jurídicas en el Derecho Romano

Tal como lo reconoce el propio Savigny² el Derecho Romano no manejaba un concepto de personas jurídicas como lo tenemos hoy en día. A falta de un concepto único, los autores como Savigny, Mestre o Martínez hacen una clasificación de los diferentes tipos de corporaciones que existían en el Derecho Romano y reagrupan a todas ellas bajo un mismo término como el de *universitas* en el caso de Martínez y Mestre o personas jurídicas en el caso de Savigny. La clasificación que seguiré

² VON SAVIGNY, FRIEDRICH CARL. (1840). *Sistema del Derecho Romano Actual, Tomo II*. Traducido por MESÍA JACINTO; POLEY MANUEL. (pág. 60). En Madrid: Editorial Góndora. Recuperado de https://sirio.ua.es/libros/BDerecho/Sistema_derecho_romano_actual_1_y_2/index.htm

es la que expone Martínez³, quien sigue a su vez la de Savigny⁴, y a todas las diferentes corporaciones romanas, tanto no territoriales con o sin ánimo de lucro como corporaciones territoriales, las *universitates*, salvo en los casos en los que deba referirme a una de ellas de forma específica por su nombre original.

El debate sobre si las *universitates* podían ser responsables penalmente en el Derecho Romano tiene como centro, como es sabido, la interpretación de dos textos de Ulpiano⁵: uno respecto al dolo y otro respecto al *quod metus causa*. Incluso Savigny cuya posición es contraria a la existencia de responsabilidad penal en el Derecho Romano, reconoce que en su época el debate sobre este tema estaba latente y no había unanimidad al respecto; en una misma línea empática Martínez⁶ señala que no puede tomarse una postura tajante sobre la responsabilidad penal de las *universitates* debido a la falta de información sobre estas instituciones romanas y la posibilidad de diversas interpretaciones sobre la información que sí está disponible. No es mi intención restarle importancia a la interpretación que puede darse a esos dos textos, sin embargo creo que es de igual importancia, para esclarecer la existencia de responsabilidad penal de las *universitates*, y guarda

³ MARTÍNEZ PATÓN, VÍCTOR. (2019). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: la Doctrina Societas Delinquere Non Postest*. (pág 52). En Buenos Aires: editorial B de f.

⁴ VON SAVIGNY, FRIEDRICH CARL. (1840). *Sistema del Derecho Romano Actual, Tomo II*. Traducido por MESÍA JACINTO; POLEY MANUEL. (pág. 60-62). En Madrid: Editorial Góndora. Recuperado de https://sirio.ua.es/libros/BDerecho/Sistema_derecho_romano_actual_1_y_2/index.htm

⁵ MARTÍNEZ PATÓN, VÍCTOR. (2019). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: la Doctrina Societas Delinquere Non Postest*. (pág. 54-60). En Buenos Aires: editorial B de f. Los extractos del Digesto los extraigo de la obra de Martínez, quien no sólo tiene el rigor de exponerlos de forma completa en latín, sino que además también los expone traducidos al castellano.

Respecto al dolo el texto del Digesto expone lo siguiente: “Pero se duda si contra los municipes es posible la acción de dolo. Y creo verdaderamente que por dolo propio no puede darse; porque ¿qué pueden hacer con dolos los municipes? Pero entiendo que debe darse si han obtenido beneficio por el dolo de aquellos que administran los bienes de los municipes. En cambio, por el dolo de los decuriones se dará la acción de dolo contra los mismo decuriones.” (el término “municipe” fue trasladado sin traducción por Martínez); y respecto al *quod metus causa*: “Se debe advertir, sin embargo, que en este edicto el pretor habla en términos generales, sin añadir quién es el autor de la coacción; por ello se aplica este edicto tanto si es una persona particular la que causa la intimidación, como si es el pueblo, la curia, un colegio o una colectividad.”

⁶ Vid. Supra 5.

mayor relación con el presente trabajo analizar los castigos colectivos que se aplicaron por el Derecho Romano.

Dos son los ejemplos de castigos colectivos que me interesa señalar, y que son resaltados por el doctor Martínez⁷, para evidenciar que el Derecho Romano conoció una forma de pena para los entes corporativos:

- Durante la segunda guerra púnica entre Roma y Cartago, la ciudad de Capua no cumplió con su alianza y abandonó a Roma. Con la victoria de Roma y la consecuente paz, Fulvio Flaco ordenó la pérdida de la constitución municipal de Capua y la ejecución de sus principales habitantes.
- La pena del diezmo, que era un castigo reservado para las tropas militares en casos de sedición y cobardía. La pena se aplicaba sobre toda una legión de tropas con la ejecución de uno de cada diez hombres elegido al azar; a los otros nueve hombres se les rebajaba la calidad de sus alimentos, cambiando su ración de trigo por cebada y además se les obligaba a acampar fuera de las trincheras del campamento del ejército.

Respecto al primer ejemplo se pronunciaron en contra Savigny⁸ y, de forma sorpresiva, Mestre⁹. El primero mantiene que el castigo de Capua fue un acto político y el segundo considera que fue un acto de guerra. El error de Savigny a mi entender es intentar diferenciar entre la pena como una institución del poder judicial y un acto político sancionador como institución del poder ejecutivo, es decir, de intentar diferenciar entre una separación de poderes que no existía en la antigua

⁷ MARTÍNEZ PATÓN, VÍCTOR. (2019). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: la Doctrina Societas Delinquere Non Postest*. (pág. 63-64). En Buenos Aires: editorial B de f.

⁸ VON SAVIGNY, FRIEDRICH CARL. (1840). *Sistema del Derecho Romano Actual, Tomo II*. Traducido por MESÍA JACINTO; POLEY MANUEL. (pág. 107). En Madrid: Editorial Góngora. Recuperado de https://sirio.ua.es/libros/BDerecho/Sistema_derecho_romano_actual_1_y_2/index.htm

⁹ MESTRE, ACHILLES. (1899). *Las personas morales y su responsabilidad penal*. Traducido por CAMARGO Y MARÍN, CÉSAR. (pág. 59-60). En Madrid: editorial Góngora.

Roma tal como lo señala Loewenstein¹⁰. Y por parte de Mestre, no comparto su idea de que el castigo a Capua fuera un acto de guerra porque, por un lado la ciudad ya había sido cercada, y sus habitantes castigados con ejecuciones o esclavitud durante el periodo bélico, y por otro lado porque la ciudad, concluida la guerra y alcanzada la paz, fue condenada a la pérdida de ciertos derechos en virtud de la revocación de su constitución municipal, lo que viene a ser, como bien entiende Martínez, una castigo impuesto por el Estado a una corporación. Es por ello que este ejemplo de Capua encaja perfectamente con un modelo de pena que en el Derecho Romano se podía imponer a la *universitas* (que en este caso fue una corporación territorial).

En cuanto al segundo ejemplo, Savigny no citó el diezmo en su obra y también asombra que Mestre no lo utilizara como ejemplo para reivindicar su idea de que existía responsabilidad penal corporativa en el Derecho Romano. Pero tal como lo expone Martínez se trataba de una pena impuesta a un colectivo (una legión de soldados), en la que un miembro sufría la pena en toda su extensión (ejecución) y el resto de los miembros la sufría de forma atenuada. El rasgo de ser una pena colectiva se acentúa en este caso porque el hombre ejecutado no necesariamente era quien había cometido el delito de sedición o cobardía, sino otro miembro de la legión escogido al azar.

Mestre¹¹ intentó defender la existencia de la responsabilidad penal corporativa a través de un relato del historiador Plutarco; se trata del asesinato de un capitán de tropa de infantería Orcomenio a manos de unos ciudadanos de Queronea, lo que provocó que los ciudadanos Orcomenios acusaran por homicidio no sólo de forma individual a los participantes del delito, sino a toda la ciudad de Queronea. Evidentemente este relato muestra un intento de iniciar un proceso penal contra un colectivo, pero no puede ser usado como evidencia de la existencia de

¹⁰ LOEWENSTEIN, KARL. (1970). *Roma y la teoría general del Estado*. En Revista de estudios políticos. ISSN 0048-7964, nro. 174. (pág. 16-17). Recuperado de <file:///C:/Users/SAMSUNG/Downloads/Dialnet-RomaYLaTeoriaGeneralDelEstado-1957299.pdf>

¹¹ Vid. Supra 9.

responsabilidad penal corporativa porque la ciudad de Queronea no llegó a ser castigada por el delito del que se la acusaba.

Con la interpretación del Digesto sobre el dolo y *quod metus causa* que proponen Mestre y Martínez¹², pero sobretodo con estos dos ejemplos de castigos colectivos que acabo de estudiar se puede dar paso a una interpretación que defiende la existencia de una pena a colectivos en el Derecho Romano. La consecuencia más importante es que el argumento histórico de que el Derecho Romano no imponía penas a la *universitas* quedaría desbaratado para aquellos que pretender usarlo como base para argumentar que la pena actual de la persona jurídica no tiene precedentes y es un invento actual.

Como último comentario sobre la interpretación de Savigny, me parece necesario apuntar que su idea de negar tanto la existencia de responsabilidad penal a las persona jurídica, como la aparición de alguna forma de castigo penal a estas entidades, en el Derecho Romano nace más de la posición personal que tenía el autor sobre este punto que de un análisis objetivo de los datos históricos. Tal como

¹² No olvido que no hice un repaso de la interpretación que de estos dos textos hacen Mestre y Martínez, en sus respectivas obras que ya cité, pero como había dicho me parece más pertinente detenernos a estudiar los ejemplos sobre el diezmo y el castigo a Cupua, por la estrecha relación que guardan con el presente trabajo al ser castigos impuestos a colectivos. Sin embargo, creo que es acertado hablar de las interpretaciones de los dos autores citados, sobre la capacidad delictiva de las personas jurídicas, en la presente nota al pie de página:

- Respecto al dolo, cuando el texto del Digesto habla de "municipes" Mestre (MESTRE, ACHILLES. (1899). *Las personas morales y su responsabilidad penal*. Traducido por CAMARGO Y MARÍN, CÉSAR. (pág. 62-64). En Madrid: editorial Góngora) sostiene que el término hace referencia a la asamblea de ciudadanos en contraposición con la asamblea de decuriones mencionada en el párrafo siguiente de dicho texto. En el Digesto se estaría haciendo, según el autor, una comparación entre la capacidad de dos asambleas: una de ciudadanos que con el tiempo había perdido sus atribuciones, y por lo tanto no tenía capacidad de actuación y mucho menos de dolo, y otra asamblea de decuriones que sí tenía capacidad de actuación y en consecuencia sí podía actuar con dolo. Con lo que sí se reconocería en el Digesto la actuación delictiva de un colectivo como la asamblea de decuriones.
- En cuanto al *quod metus causa* la literalidad del texto, de acuerdo a Martínez (vid. Supra 5), parece señalar lo obvio: la intimidación puede venir de una persona individual pero también de una persona jurídica como el pueblo, la curia, un colegio o una colectividad. En este caso Savigny intentó realizar una interpretación que difícilmente puede sostenerse con la literalidad del texto: para el autor no se trata de reconocer la capacidad delictiva de una corporación, sino que se establece que la persona jurídica puede ser un tercero responsable civil.

lo expone brillantemente Martínez¹³, Savigny venía influenciado de una corriente alemana (entre la que destacaba Feuerbach) contraria a la posibilidad de hacer penalmente responsable a una persona jurídica y que había conseguido una regulación expresa en ese sentido en el Código de Baviera de 1813. Si analizamos atentamente la obra de Savigny¹⁴, el autor comienza su exposición argumentado las razones por las que teóricamente está en contra de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, pero no utiliza datos históricos del Derecho Romano para sostener la inexistencia de esta institución en esa época; los únicos puntos en los que hace referencia a datos históricos es cuando alude a los textos sobre dolo y el *quod metus causa* y la interpretación que de ellos hace, y cuando pretende comparar la pena colectiva con el caso de los enajenados e impúberes. Siguiendo casi el mismo argumento se pronuncia Mestre¹⁵, quien considera que el trabajo de Savigny sobre Derecho Romano no corresponde a un trabajo de investigación puramente histórico, sino que es un estudio que también se detiene a analizar el derecho que estaba vigente en Alemania en ese momento; el éxito de la obra de Savigny no provenía tanto de un rigor en el análisis de datos objetivos e históricos, sino de la soltura del jurista alemán de mezclar una investigación histórica y otra actual, que permitía entender gran parte del derecho alemán de esa época a partir de instituciones del Derecho Romano que habían influido directamente en el primero.

Se echa en falta desde el punto de vista del presente trabajo, que el jurista alemán no se apoyará en datos obtenidos de historiadores romanos, como lo hicieron Mestre o Martínez para defender su posición respecto a la pena colectiva, lo que brinda a estos últimos dos una perspectiva y un análisis más objetivo y debidamente acreditado. Mi posición a favor de la interpretación de la existencia de un castigo

¹³ MARTÍNEZ PATÓN, VÍCTOR. (2019). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: la Doctrina Societas Delinquere Non Postest*. (pág. 279-288). En Buenos Aires: editorial B de f.

¹⁴ VON SAVIGNY, FRIEDRICH CARL. (1840). *Sistema del Derecho Romano Actual, Tomo II*. Traducido por MESÍA JACINTO; POLEY MANUEL. (pág. 100-108). En Madrid: Editorial Góndora. Recuperado de https://sirio.ua.es/libros/BDerecho/Sistema_derecho_romano_actual_1_y_2/index.htm

¹⁵ MESTRE, ACHILLES. (1899). *Las personas morales y su responsabilidad penal*. Traducido por CAMARGO Y MARÍN, CÉSAR. (pág. 146-148). En Madrid: editorial Góngora.

penal para los entes corporativos en la época del Derecho Romano tiene su razón de ser en esta objetividad; es evidente que para el propósito de este estudio es coherente decantarme por dicha interpretación, pero ello sólo tiene sentido cuando existen argumentos sólidos, como lo son los hechos históricos que analicé (el caso de Capua y la pena del diezmo), y cuya producción ha sido verificada a lo largo del tiempo.

B. La pena en la época Medieval

Para algunos autores como Michaud-Quantin¹⁶, prestigioso autor medievalista, el derecho medieval conoció, durante toda su extensión, la imposición de penas a entes colectivos. Sin embargo creemos que los ejemplos más claros y relevantes de penas corporativas durante la época medieval nacieron con la fundación de la Escuela de Bolonia en el año 1088.

1. La posición de Juan Basiano

El primer caso relevante de estudio de imposición de una pena a un colectivo fue analizado por el jurista de la Escuela de Bolonia Juan Basiano. No hay un texto original de Basiano al que los autores como Mestre o Martínez tuvieron acceso, tampoco pude acceder a dicha fuente original para desarrollar el presente apartado, la única referencia directa viene de la obra de Tamassia¹⁷ y que ha permitido recuperar el caso que describo a continuación:

- Un arzobispo de Rávena prohibió a los habitantes del municipio ir a cortar madera del bosque que era de su propiedad. Sin embargo uno de los aldeanos entró igualmente a dicho bosque, fue encontrado por los servidores del arzobispo quienes lo maltrataron físicamente. El aldeano contó a sus

¹⁶ MICHAUD-QUANTIN, PIERRE. (1970). *Universitas: expressions du mouvement communautaire dans le moyen-age latin*. (pág. 328-329). En Paris: editorial Librairie Philosophique J. Vrin.

¹⁷ TAMASSIA, NINO. (1894). *Odofredo, Studio storico-giuridico*. (pág. 364). En Boloña: editorial Arnaldo Forne.

vecinos lo que le había sucedido, y todos ellos en represalia entraron al bosque del arzobispo y provocaron muchos daños. El arzobispo consultó con Basiano si el castigo que debía imponer debía serlo a todos los vecinos en su conjunto o uno por uno. La respuesta del jurista boloñés fue que el castigo debía ser colectivo si la acción de los vecinos había sido coordinada, actuando bajo el llamado de una campana o de banderas desplegadas porque ello significaría que el colectivo cometió el delito, pero si el crimen no había sido llevado a cabo después de una convocatoria y organización grupal de los vecinos entonces el castigo debía ser impuesto de forma individual.

Del texto de Tamassia, Mestre¹⁸ y Martínez¹⁹ destacan que se intentara por primera vez la construcción teórica de cómo un grupo podía cometer un delito; pero me interesa resaltar el hecho de que Basiano, independientemente de razonar el actuar delictivo de un grupo, no vio problemas en entender que la pena podía ser colectiva (los vecinos, en su calidad de grupo, podían ser penados a pagar económicamente por haber cometido los destrozos). Se trata por lo tanto de un primer ejemplo de pena constatable, en la Edad Media, que podía imponerse a una colectividad; y del primer caso, que ha sido rescatado en obras literarias, de una pena de multa impuesta a un colectivo en la historia del derecho continental.

2. Las primeras regulaciones e interpretaciones sobre el castigo penal para la persona jurídica

Casi cincuenta años tuvieron que pasar para que la pena de una persona jurídica fuera, en cierta medida, regulada por primera vez en las Constituciones Augustales de Federico II Hohenstaufen. Tal como lo indica Martínez²⁰ en su investigación, el

¹⁸ MESTRE, ACHILLES. (1899). *Las personas morales y su responsabilidad penal*. Traducido por CAMARGO Y MARÍN, CÉSAR. (pág. 74). En Madrid: editorial Góngora.

¹⁹ MARTÍNEZ PATÓN, VÍCTOR. (2019). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: la Doctrina Societas Delinquere Non Postest*. (pág. 81-83). En Buenos Aires: editorial B de f.

²⁰ Ídem, pág. 89-90.

artículo I. 28 de la compilación legislativa de Federico II permite imponer una pena a una corporación cuando se ha cometido un crimen y dicha corporación impide o no colabora con los oficiales para presentar a los autores del acto criminal. Nada se dice sobre cuál es la pena que podría recibir la persona jurídica en este caso, y tampoco Martínez aclara ello. Me permito suponer que sería cualquiera a las que alude Quantin²¹ cuando hace referencia al catálogo de penas que se impuso durante toda la Edad Media: multas, entrega de rehenes, ejecuciones de personas, saqueo o destrucción de una ciudad, supresión de privilegios.

Pero no todas las penas podían ser impuestas a un colectivo. En el ámbito del Derecho Canónico, tal como lo expone Santiago Bueno²², se pronunció Inocencio IV, quién determinó que la excomunión no podía ser una pena que pudiera imponerse a una persona jurídica. Esta decisión ha sido interpretada en dos sentidos: alguna parte de la doctrina, como el propio Mestre²³, sostiene que Inocencio IV negaba que la persona jurídica pudiera delinquir y por lo tanto tampoco era un sujeto al que podía imponérsele una pena, y otro grupo doctrinal sostiene que Inocencio IV no estaba en contra de la capacidad de delinquir de la persona jurídica, sino únicamente en contra de que la persona jurídica sufriera una pena de excomunión. También merece la pena mencionar, tal como lo explica Bueno²⁴, que Inocencio IV fue el primer autor en intentar encuadrar bajo un concepto lo que debía entenderse por personalidad jurídica, y aunque no fue quien creó el término de <<persona jurídica>>, sí se le debe al jurista de Lavagna el primer paso en el desarrollo de su concepto, que fue trabajado en años posteriores tanto por los Decretalistas (1250-1550), como por los Tratadistas (1550-1750).

²¹ Vid. Supra 16.

²² BUENO SALINAS SANTIAGO. (2014). Las personas jurídicas en el Derecho Canónico. (pág. 19-20). En Barcelona: editorial Sant Pacià.

²³ MESTRE, ACHILLES. (1899). *Las personas morales y su responsabilidad penal*. Traducido por CAMARGO Y MARÍN, CÉSAR. (pág. 86-94). En Madrid: editorial Góngora.

²⁴ Vid. Supra 22.

A mi entender Panizo²⁵ y su estudio especializado y enfocado en Inocencio IV resulta interesante para defender la segunda postura, además que el autor hizo un trabajo riguroso al traducir los comentarios de Inocencio IV. Aquellos que sostienen que Inocencio IV no apoyaba la idea de que una persona jurídica pudiera delinquir basan su argumento en la frase del autor “*impossibile est quod universitas delinquat*”. Pero Panizo pone en contexto y explica que Inocencio IV estaba comentando la Decretal de Honorio III, dictada por un caso ocurrido en la ciudad de Pisa²⁶, cuando expuso aquella frase, es decir estaba analizando un caso concreto de esa ciudad. Los hechos acontecidos en Pisa conllevaban la imposición de una pena de excomunión, que fue impuesta a las personas físicas, pero se planteaba el problema si la ciudad también debía ser excomulgada. Tanto la exposición de Martínez²⁷ como la de Panizo coinciden en que habiendo Inocencio IV expuesto su análisis sobre el delinquir de los comisionados, pasó a continuación a elaborar un estudio sobre Pisa en la que llegó a la conclusión de que no cabía la posibilidad de imponer a la ciudad una pena de excomunión y por lo tanto tampoco podía considerarse que Pisa actuó delictivamente (para Inocencio IV la imposibilidad de que Pisa fuera penada condicionaba la capacidad delictiva de la ciudad). Y si para Inocencio IV no podía imponerse la excomunión como pena era porque, siguiendo la explicación de Bueno²⁸, consistía en un castigo que apartaba al castigado de la comunión eclesiástica, se trataba de una ruptura espiritual y ello sólo podía producirse respecto a quien había sido bautizado y tenía un “alma”. La consideración de que una persona jurídica podía ser castigada con una pena se

²⁵ PANIZO ORALLO, SANTIAGO. (1973). *Persona jurídica y ficción: estudio de la obra de Sinibaldo de Fieschi (Inocencio IV)*. (pág. 318-341). Tesis Doctoral leída en la Universidad Complutense de Madrid. Recuperado de <https://eprints.ucm.es/id/eprint/54379/1/532707657X.pdf>

²⁶ En la ciudad de Pisa unos comisionados habían excedido sus mandatos para hacer los estatutos de esa ciudad, que fueron en contra de los valores de la Iglesia y la libertad eclesiástica y cuya pena era la excomunión.

²⁷ MARTÍNEZ PATÓN, VÍCTOR. (2019). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: la Doctrina Societas Delinquere Non Postest*. (pág. 95-98). En Buenos Aires: editorial B de f.

²⁸ BUENO SALINAS SANTIAGO. (2014). Las personas jurídicas en el Derecho Canónico. (pág. 19). En Barcelona: editorial Sant Pacià.

puede entender reforzada al observar el resto del comentario de Inocencio IV, que fue traducido por Martínez²⁹, quien reivindica que pueden imponerse penas como la multa, suspensión de privilegios o el interdicto temporal, o una pena capital a través de una prohibición del derecho de corporación si no pudiera pagar la multa. Finalmente la muestra más clara de la verdadera posición de Inocencio IV es su promulgación de la Constitución “Romana Ecclesia” en 1246³⁰, en la que de forma oficial prohibió la pena de excomunión a una persona jurídica; si su postura hubiera sido la de negar la aplicación de cualquier tipo de pena a estas entidades, entonces así lo habría expuesto tal como lo hizo con la excomunión, por lo que esta falta de regulación de otras penas podría ser entendida como una aceptación de que podían aplicarse a un colectivo.

La discusión teórica sobre la aplicación de penas a la *universitas* continuaría, pero no sería hasta 100 años después de Inocencio IV que aparecería otra aportación interesante de la mano de Bartolo de Sassoferrato. El análisis que ahora procederé a realizar se basa en los extractos que tradujo Martínez³¹ de la obra de Bartolo comentando el Digesto.

Bartolo defendía que existía una capacidad delictiva de las personas jurídicas y que por lo tanto estas personas podían cometer delitos por omisión o delitos de acción, y subdividía a su vez los delitos de acción en dos grupos, un grupo de delitos propios

²⁹ “[...] Sin embargo debemos afirmar que si los rectores de una corporación u otras personas con mandato de toda la corporación cometen algún crimen, o si una parte cometió un crimen en contra de la voluntad de otra, o si lo hicieron sin mandato, pero después la corporación en cuyo nombre cometieron el crimen lo acepta, entonces se castiga a la corporación con la pena especial de suspensión o interdicto temporal, o con pena pecuniaria.

4. También se castiga a la corporación con la pena capital, de muerte o de confinamiento si contra ella se actúa criminalmente; pero la pena capital se sustituye por pena pecuniaria.

5. [...] La sentencia contra la corporación manda la ejecución en los bienes de la corporación, si tiene patrimonio propio, pero si no tiene nada común, se le privará del derecho de corporación para que en lo sucesivo no pueda ser corporación y así sufrir la pena capital.”

³⁰ PANIZO ORALLO, SANTIAGO. (1973). *Persona jurídica y ficción: estudio de la obra de Sinibaldo de Fieschi (Inocencio IV)* (1975). (pág. 331). Tesis Doctoral leída en la Universidad Complutense de Madrid. Recuperado de <https://eprints.ucm.es/id/eprint/54379/1/532707657X.pdf>

³¹ MARTÍNEZ PATÓN, VÍCTOR. (2019). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: la Doctrina Societas Delinquere Non Postest*. (pág. 121-126). En Buenos Aires: editorial B de f.

y otro grupo de delitos impropios; el primer grupo de delitos propios estaba conformado por acciones que sólo la persona jurídica podría realizar por estar estrechamente relacionadas con su actividad corporativa (creación de estatutos, imposición de colectas, etc), y el segundo grupo de delitos impropios estaba conformado por acciones sin ningún tipo de relación con las actividades corporativas de la persona jurídica (homicidios, lesiones, violaciones) y que sólo podían atribuirse a este colectivo si habían sido previamente deliberadas y decididas por un consejo. En cuanto a las penas, para Bartolo la aplicación a la persona jurídica de aquellas que no fueran corporales (la multa, suspensión de privilegios o el interdicto temporal) no suponía ningún problema. De acuerdo a Mestre³², Bartolo llegó incluso a desarrollar el argumento de que se podía imponer la pena de muerte a la persona jurídica cuando se cometieran delitos como el de herejía o el crimen de ley Julia de lesa Majestad (esa pena de muerte no era nada más que la destrucción de la ciudad, que en palabras de Mestre era lo que había sucedido con Brescia). Tanto Mestre como Martínez³³ concuerdan en que Bartolo desarrolló aún más la teoría de cómo debía aplicarse una pena a un colectivo: siguiendo el principio de no castigar dos veces por el mismo hecho, la pena debía aplicarse a la persona jurídica como cómplice del delito si este fuera impropio o debía recaer sobre la persona jurídica como autora si el delito fuera propio; por otra parte parece que Bartolo consideró que si la pena que se imponía repercutía tanto en las personas físicas como en la persona jurídica (como podía ser el caso de la multa), entonces estaba permitido dispensar a algunos miembros individuales de la persona jurídica en función al tamaño de esta última (si la persona jurídica era un colegio de diez miembros o menos, entonces la multa impuesta al colectivo sólo debía ser pagada por aquellos que dieron su consentimiento para llevar a cabo el acto criminal).

Lo interesante de las aportaciones de Bartolo, por lo que a esta tesis le concierne, es que muestran una evolución, con el pasar de los años, de la aplicación de la pena a la *universitas*. Los juristas de la época no se conformaron con el simple hecho de

³² MESTRE, ACHILLES. (1899). *Las personas morales y su responsabilidad penal*. Traducido por CAMARGO Y MARÍN, CÉSAR. (pág. 110-113). En Madrid: editorial Góngora.

³³ Vid. Supra 28.

aceptar que se podían aplicar penas a las personas jurídicas, sino que intentaron profundizar en el asunto. Bartolo hizo un esfuerzo notable, y avanzado para su época, para determinar ciertas reglas de aplicación de la pena a un colectivo; intentó distinguir las diferentes penas que podían aplicarse en determinados supuestos, y cómo debían aplicarse. Siguiendo los escritos de Bartolo podría considerar que, habiendo llegado al siglo XIV, la discusión entre la doctrina del mundo jurídico no se centraba tanto en si la persona jurídica podía recibir una pena o no, sino en cómo y en qué medida procedía penar a esta persona. Se comenzaron a sentar unas bases argumentativas que harían eco a lo largo del tiempo y llegaron hasta nuestra época: por ejemplo la consideración de que hay acciones propias de un colectivo que no pueden ser atribuidas a personas de forma individual la recogió Gustavo Bueno³⁴ en una de sus exposiciones, y en general la teoría de que existen acciones propias de una persona jurídica es el punto de inicio de la posición doctrinal que defiende una autorresponsabilidad de la persona jurídica por un hecho propio; no parece exagerado sostener, como otro ejemplo, que la modulación de la pena que explica Bartolo podría ser una especie de antecedente de la modulación de la pena de multa que hoy en día recoge el artículo 31 ter del Código Penal.

C. La Edad moderna y las Ordenanzas previas a la Revolución Francesa

Durante el siglo XVI no cambiaron mucho las posturas de los juristas respecto a lo que había postulado Bartolo, y los cambios que hubieron no eran más que precisiones o pequeñas divergencias dentro de la teoría de poder castigar con penas a las corporaciones. La aportación más llamativa, que puedo rescatar siguiendo las obras de Mestre³⁵ y Martínez³⁶, es la de Próspero Farinacio. Para los

³⁴ BUENO MARTÍNEZ, GUSTAVO. (2011). *Societas delinquere non potest*. En Tesela, nro. 72. Recuperado de <https://www.fgbueno.es/med/tes/t072.htm>

³⁵ MESTRE, ACHILLES. (1899). *Las personas morales y su responsabilidad penal*. Traducido por CAMARGO Y MARÍN, CÉSAR. (pág. 120). En Madrid: editorial Góngora.

³⁶ MARTÍNEZ PATÓN, VÍCTOR. (2019). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: la Doctrina Societas Delinquere Non Postest*. (pág. 148-150). En Buenos Aires: editorial B de f.

dos autores, Farinacio sigue desarrollando la teoría de Bartolo y la dota de mayores precisiones respecto a la culpabilidad de la corporación y las penas que podían imponerse contra la *universitas*; Martínez llega incluso a afirmar que Farinacio implementó un “sistema de imputación de responsabilidad penal”. La doctrina mayoritaria de aquella época parecía aceptar sin problemas que las corporaciones debían y podían ser castigadas por delitos, las discrepancias dentro de esta posición mayoritaria radicaba en su forma de entender cómo podía delinquir una corporación.

El último cuerpo legislativo, en el derecho continental europeo, que recogió expresamente la responsabilidad penal de personas jurídicas y su posibilidad de ser castigadas con una pena fue la Ordenanza Criminal francesa de 1670, en los artículos 1, 4 y 5 de su Título XXI³⁷. En el artículo 1 se señala expresamente, sin dar lugar a algún tipo de interpretación en contra, que se puede iniciar un proceso penal contra un colectivo como podían ser las villas, las ciudades, los burgos, los colegios o las compañías. El artículo 1 tiene ciertos términos que no estaban determinados y que podrían abrir la puerta a ciertos debates de interpretación de contenido, por ejemplo es el caso de la palabra “compañías” o la referencia a “otro

³⁷ Ordonnance Criminelle du mois d'août 1670. TITRE XXI - DE LA MANIÈRE DE FAIRE LE PROCÈS AUX COMMUNAUTÉS DES VILLES, BOURGS ET VILLAGES, CORPS ET COMPAGNIES:

Article 1. Le procès sera fait aux communautés des villes, bourgs et villages, corps et compagnies qui auront commis quelque rébellion, violence ou autre crime.

Article 4. Les condamnations ne pourront être que de réparation civile, dommages et intérêts envers la partie, d'amende envers nous, privation de leurs privilèges et de quelque autre punition qui marque publiquement la peine qu'elles auront encourue par leur crime.

Article 5. Outre les poursuites qui se feront contre les communautés, voulons que le procès soit fait aux principaux auteurs du crime et à leurs complices ; mais s'ils sont condamnés en quelque peine pécuniaire, ils ne pourront être tenus de celles auxquelles les communautés auront été condamnées.

Ordenanza Criminal del mes de agosto 1670. TÍTULO XX1. DE LA FORMA DE HACER EL PROCESO A LAS COMUNIDADES DE LAS VILLAS, BURGOS Y CIUDADES, CUERPOS Y COMPAÑÍAS :

Artículo 1. El proceso será hecho a las comunidades de las villas, burgos y ciudades, cuerpos y compañías que hubieren cometido alguna rebelión, violencia u otro crimen.

Artículo 4. Las condenas no podrán ser más que de reparación civil, daños e intereses contra la parte, multa contra nosotros, privación de sus privilegios y cualquier otro castigo que marque públicamente la pena que ellas merecieren por su crimen.

Artículo 5. Además de la persecución que se haga contra las comunidades, queremos que el proceso sea hecho a los principales autores del crimen y sus cómplices ; pero si ellos fueren condenados a una pena pecuniaria, no se les podrá exigir más que aquellas a las que fueron condenadas las comunidades.

crimen". En el caso de las "compañías", la interpretación de qué tipo de colectividades podían ser referidas a través de este término fue objeto de un profundo análisis, tal como lo expone Martínez³⁸, quien acaba concluyendo que se hizo referencia a todo tipo de corporaciones; en el caso de "otro crimen" parecería coherente interpretar que, habiendo recibido la influencia de los juristas italianos como Bartolo o Farinacio (según la tesis de Mestre³⁹), la Ordenanza de 1670 siguió la línea de que existían delitos propios de la persona jurídica y delitos impropios por lo que ese "otro crimen" se referiría a ese primero grupo de delitos.

Y el artículo 4 también expresa claramente que existen penas que pueden imponerse a las corporaciones. Como en el caso del artículo 1 también hay términos vagos que fueron interpretados por la doctrina, como es el caso de aquellos "otros castigos" que Mestre⁴⁰ consideró que podían ser la confiscación del patrimonio, cambio en la forma y política de su gobierno, destrucción de muros, fortalezas, puertas o cegamiento de fosos, señales exteriores en los trajes de ceremonia que muestren públicamente la pena que cometieron los cuerpos o compañías o la supresión de la comunidad. Pero una vez más, la vaguedad de ese término de ningún modo da espacio a entender que la persona jurídica no podía ser castigada con una pena: se utiliza expresamente las palabras "multa", "privación de privilegios" y "pena"; sobretodo aquella última al ser utilizada al final del artículo para englobar cualquier otro castigo que pudiera imponerse, nos permitiría entender que tanto la multa como la supresión de privilegios eran penas, diferenciado su naturaleza de las indemnizaciones civiles mencionadas al principio del artículo.

Para dar cierre y a modo de evidenciar aún más que a la persona jurídica se le imponía una pena propia, diferente de aquella que se imponía a la persona física, está el artículo 5. Este último artículo del Título XXI exige que, además de procesar

³⁸ MARTÍNEZ PATÓN, VÍCTOR. (2019). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: la Doctrina Societas Delinquere Non Postest*. (pág. 181-193). En Buenos Aires: editorial B de f.

³⁹ MESTRE, ACHILLES. (1899). *Las personas morales y su responsabilidad penal*. Traducido por CAMARGO Y MARÍN, CÉSAR. (pág. 121). En Madrid: editorial Góngora.

⁴⁰ Ídem, pág. 125.

y castigar a la persona jurídica, también debe procesarse a las personas físicas que cometieron materialmente el acto delictivo está marcando una separación entre dos responsabilidades penales diferentes y castigadas cada una con su correspondiente pena. La precisión que hace el artículo en el caso de que la pena impuesta sea una multa, es una forma de modulación que proviene de la influencia de Bartolo, y que también podría considerarse como otro antecedente (más cercano) de la modulación que hace el actual artículo 31 ter del Código Penal; así lo entiende el propio Martínez⁴¹ que recuerda que el motivo de esta modulación era evitar que un sujeto fuera doblemente castigado por un mismo delito.

Independientemente de que pueda discutirse si la Ordenanza de 1670 hacía penalmente responsables a todas las corporaciones o agencias mercantiles o sólo a algunas de ellas, parece incontestable el hecho de que una persona jurídica (o cierto tipo específico de personas jurídicas, si se adopta la interpretación restringida de que la Ordenanza no incluía a todas ellas) podía recibir una pena. La evolución de la institución de la pena para una persona jurídica había llegado a tal punto, en el antiguo derecho continental, que un ordenamiento jurídico como el francés se vio en la necesidad de dedicar un Título entero de una de sus Ordenanzas para regular el castigo penal de una corporación. Posiblemente que dicho Título tan sólo dedicara cinco artículos a este tema no fue suficiente para que los juristas de la época continuaran desarrollando la teoría de la pena de la persona jurídica. Sin embargo fue suficiente para evidenciar el proceso evolutivo de una institución cuyos orígenes se remontan, de acuerdo a las aportaciones e interpretaciones de los autores que he seguido, al Derecho Romano, sobreviviendo a la Edad Media y Alta, y cuya importancia y aceptación fueran reconocidas por una doctrina que impulsó su regulación definitiva en un cuerpo legal como la Ordenanza Criminal francesa de 1670.

Con la Revolución Francesa en 1789 hubo un cambio en la posición sobre la posibilidad de hacer responsable penalmente a una persona jurídica y condenarla

⁴¹ Ídem, pág. 181.

a una pena. Mestre⁴² consideró que el abandono de la idea de que existía un delito corporativo proviene de la eliminación de las corporaciones por parte de las leyes revolucionarias. Martínez⁴³ intenta defender la idea de que la posibilidad de castigar a una persona jurídica no se descartó inmediatamente con la Revolución Francesa, sino que fue un proceso de cambio que tuvo lugar por un cúmulo de eventos: la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, la ley de Allarde en 1791, la introducción del Código Penal en 1791 y del Código de los delitos y de las penas en 1795, la promulgación del nuevo Código Penal en 1810, y una jurisprudencia de la Corte de Casación francesa que no fue uniforme sobre el castigo penal corporativo. A mi parecer, el enfoque del movimiento de la Revolución Francesa en la persona física como ciudadano y único capaz de tener derechos y libertades, manifestado a lo largo de los 17 artículos de la Declaración de los Derechos del Hombre y del Ciudadano en 1789, la eliminación de las corporaciones a través de la Ley Allarde en 1791, pero sobretudo la conjunción del artículo I y el artículo XXXV del Código Penal de 1791 hacen difícil sostener que hubiera una posición favorable sobre el castigo penal de las personas jurídicas. En efecto, merecen especial atención esos dos artículos: por un lado el artículo I del Código Penal de 1791 establece como penas la pena de muerte, la pena de <<hierros>>, el aislamiento, la reclusión, la detención, la deportación, la degradación cívica, la camisa de fuerza; y en el artículo XXXV se establece que todas las penas que no sean aquellas mencionadas por el artículo I quedan abrogadas. Si ninguna de las penas como la multa, la supresión de privilegios, la confiscación de patrimonio u otras que podían ser aplicadas a la persona jurídica fueron nombradas en ese primer artículo, por mandato del artículo XXXV quedaban entonces suprimidas y por lo tanto así también la posibilidad de castigar penalmente a la persona jurídica. La interpretación de Martínez también es defendible pero cuenta con menos recursos argumentativos que puedan sostenerla, ya que sólo se apoya en una sentencia del

⁴² Ídem, pág. 125-126.

⁴³ MARTÍNEZ PATÓN, VÍCTOR. (2019). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: la Doctrina Societas Delinquere Non Postest*. (pág. 234-236, 249-254, 263-269). En Buenos Aires: editorial B de f.

Tribunal de Casación francés de 6 de agosto de 1829, una interpretación restringida de la Ley de Allarde, y tiene en contra la abrogación de penas que hace el Código penal de 1791, el silencio de los Códigos de 1795 y 1810, la falta de doctrina pronunciándose a favor del castigo penal corporativo (que en la época prerrevolucionaria había sido abundante) y una posición jurisprudencial muy clara en contra de esta institución a partir de 1838, como reconoce el propio Martínez.

Por estas razones me decanto por entender que la Ordenanza criminal de 1670 es el último antecedente claro del castigo penal a la persona jurídica en el derecho continental. Y con ello pretendemos evidenciar, una vez más, que esta figura no es una creación totalmente extraña del Derecho Penal moderno. La manera de entender el castigo penal de la persona jurídica cambió desde el Derecho Romano hasta la Ordenanza de 1670, es decir, hubo una evolución histórica de la teoría de esta institución. Y parece que la postura a favor o en contra de la posibilidad de castigar penalmente a una persona jurídica depende de la dinámica dentro de una sociedad y de los valores que defiende un Estado en un momento determinado. Ello explicaría cómo el movimiento histórico de la Revolución Francesa, enfocado, entre otras cosas, en la persona física como único centro de derechos y libertades, dio fin a la tendencia mayoritaria doctrinal, dentro de la rama jurídica penal, de entender que una persona jurídica podía ser responsable penalmente y castigada con una pena. Es por este cambio de tendencia que el presente análisis histórico se detiene en esta época y para el siguiente apartado da un salto temporal hasta el siglo XIX español; los años previos a este siglo presentaron ordenamientos jurídicos en el derecho continental en los que se rechazó de forma clara la responsabilidad penal de la persona jurídica.

D. El ordenamiento jurídico español frente al castigo penal de la persona jurídica

Procederé ahora a analizar cómo y en qué momentos se permitió castigar penalmente a las personas jurídicas en el ordenamiento jurídico español. Si bien existe un entendimiento por parte de la doctrina que la modificación del Código

Penal de 2010 regula por primera vez de forma expresa la responsabilidad penal de la persona jurídica, la posibilidad de castigarla penalmente sí estuvo reconocida, en cierta medida, desde el siglo XIX. El interés de estudiar estos antecedentes históricos es mostrar que la pena de la persona jurídica no sólo tiene precedentes en el derecho continental de manera general, sino también en ordenamientos jurídicos como el español.

1. El siglo XIX

En el siglo XIX, España conoció tres Código Penales, uno en 1822, el siguiente en 1848 y el tercero en 1870. En ninguno de estos Códigos se establece expresamente que la persona jurídica pudiera ser sujeto de responsabilidad penal y castigada con una pena. En sus artículos 1 y 10 el Código Penal de 1822 establecía lo siguiente:

- “ARTÍCULO PRIMERO. Comete delito el que libre y voluntariamente y con malicia hace ú omite lo que la ley prohíbe ó manda bajo alguna pena. En toda infracción libre de la ley se entenderá haber voluntad y malicia, mientras que el infractor no pruebe ó no resulte claramente lo contrario.
- Art. 10. Todo español ó extranjero que dentro del territorio de las Españas cometa algun delito ó culpa, será castigado sin distincion alguna con arreglo á este código, sin que á nadie sirva de disculpa la ignorancia de lo que en él se dispone; salvas las escepciones estipuladas en los tratados existentes en otras Potencias.”

El Código Penal de 1848 señalaba en sus artículos 1 y 11:

- “Artículo 1. Es delito ó falta toda accion ú omision voluntaria penada por ley. Las acciones ú omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, á no ser que conste lo contrario. El que ejecutare voluntariamente el hecho, será responsable de él, é incurrirá en la pena que la ley señale, aunque el mal recaiga sobre persona distinta de aquella á quien se proponía ofender.
- Art. 11. Son responsables criminalmente de los delitos: 1. Los autores. 2. Los cómplices. 3. Los encubridores.”

Y finalmente de una forma muy similar, el Código Penal de 1870 estableció en los artículos 1 y 11:

- “Artículo 1. Son delitos ó faltas las acciones y las omisiones voluntarias penadas por la ley. Las acciones y omisiones penadas por la ley se reputan siempre voluntarias, á no ser que conste lo contrario. El que cometiere voluntariamente un delito incurrirá en responsabilidad criminal, aunque el mal ejecutado fuere distinto del que se habia propuesto ejecutar.”
- Art. 11. Son responsables criminalmente de los delitos: 1. Los autores. 2. Los cómplices. 3. Los encubridores. Son responsables criminalmente de las faltas: 1. Los autores. 2. Los cómplices.”

Para Martínez⁴⁴ que los tres Códigos Penales no se pronunciaran sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica podría igualmente interpretarse como un silencio positivo, aunque reconoce que la doctrina está de acuerdo en que ese silencio debe interpretarse negativamente.

Hay dos elementos durante el siglo XIX que evidencian la existencia de un castigo penal para la persona jurídica, aunque sorprendentemente no fueron regulados por el Código Penal: el artículo 19 de la Constitución española de 1869 y el Real Decreto de 31 de diciembre de 1875. El artículo 19 de la Constitución de 1869 es muy claro al establecer una pena de disolución para ciertas asociaciones: “Art. 19. A toda Asociación cuyos individuos delinquieren por los medios que la misma les proporcione, podrá imponérseles la pena de disolución. La autoridad gubernativa podrá suspender la Asociación que delinca, sometiendo *incontinenti* a los reos al Juez competente. Toda Asociación cuyo objeto o cuyos medios comprometan la seguridad del Estado, podrá ser disuelta por una ley.” Merece la pena distinguir dentro del artículo, tal como lo confirma Martínez⁴⁵, entre la pena de disolución

⁴⁴ MARTÍNEZ PATÓN, VÍCTOR. (2019). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: la Doctrina Societas Delinquere Non Postest*. (pág. 318-321). En Buenos Aires: editorial B de f.

⁴⁵ Ídem, pág. 322.

impuesta a través de un proceso penal y la sanción administrativa de suspensión de la asociación dictada por una autoridad gubernativa.

No termina de entenderse la razón por la que el Código Penal de 1870 no recogió dentro de su catálogo de penas la de disolución, en especial considerando que un año antes la Constitución sí lo había hecho. La intención de la Constitución de 1869 de implementar la pena de disolución es incontestable considerando que eran unos años de transición política, después de la revolución de 1868, y se buscaba poner fin a cualquier movimiento desestabilizador del que fue un primer intento de instaurar, como forma de gobierno, una monarquía parlamentaria.

Por otra parte está el Real Decreto de 31 de diciembre de 1875 dictando reglas para reprimir los abusos que en el ejercicio de la libertad de imprenta cometan los periódicos, y creando los tribunales especiales para la aplicación de las penas en que aquellos puedan incurrir. Aunque este Real Decreto sólo estuvo vigente durante hasta 1881, fue claro en su exposición de motivos al explicar que buscaba la responsabilidad penal y el consecuente castigo penal de personas jurídicas como lo eran los periódicos, y excluir a los editores de esta responsabilidad porque no los consideraba como los verdaderos autores de los delitos que sancionaba⁴⁶. Esta imposición de castigos penales a los periódicos se reflejó especialmente con el artículo 5 cuando establece: “Artículo 5. Las penas señaladas en el artículo anterior serán aplicadas por un Tribunal compuesto de tres Magistrados de la Audiencia en cuyo territorio se publique el periódico, designados por el Ministerio de Gracia y Justicia.”; es decir que todas las suspensiones estipuladas en el artículo 4 tenían la consideración de penas. En este sentido, el resto de artículos del Real Decreto en todo momento se referían a estos castigos como penas, no dejando espacio para dudas sobre su naturaleza.

⁴⁶ Real Decreto de 31 de diciembre de 1875: “¿No es más justo que la represión de las extralimitaciones cometidas por una entidad anónima, como lo es el periódico, recaigan sobre esta misma entidad afectándole por medio de la suspensión o destruyéndole, si a tanto diere motivo con la reincidencia en los delitos más graves por la supresión después de dos o tres suspensiones?”

No me parece adecuado poner como evidencia de la existencia de un castigo penal de la persona jurídica a la jurisprudencia del Tribunal Supremo entre 1870 y 1875, como lo hace Martínez, porque como el propio autor reconoce, ninguna de las sentencias llega a condenar a una persona jurídica. Aunque hay algún autor como Juan Del Rosal⁴⁷ que considera que puede interpretarse que si el Tribunal Supremo en esos años no absolvió a una persona jurídica por la imposibilidad de imponerle una pena sino por otras razones, es porque la consideraba perfectamente capaz de ser penalmente responsable y recibir una pena.

Un último intento, durante el siglo XIX, de plasmar en el Código Penal la posibilidad de castigar penalmente a las personas jurídicas fue el proyecto de Código Penal de Francisco Silvela en 1884. En la Exposición de motivos XIII señala Silvela⁴⁸ que tuvo influencia en su proyecto el artículo 19 de la Constitución de 1869 que contemplaba la pena de disolución. La intención de castigar penalmente a las personas jurídicas se plasmó en el artículo 25 de este proyecto que disponía lo siguiente: “Art. 25 La responsabilidad criminal por los delitos ó faltas será individual. Pero, cuando los delitos cometidos por individuos que constituyan una entidad ó personalidad jurídica, ó formen parte de una sociedad ó empresa de cualquier clase, sean ejecutados por los medios que la misma les proporcione, en términos que el delito resulte cometido á nombre y bajo el amparo de la representación social, los tribunales, sin perjuicio de las facultades gubernativas que correspondan á la Administración, decretarán en la sentencia la suspensión de las funciones de la personalidad jurídica, sociedad, corporation ó empresa, ó su disolución ó supresión, según proceda. Las empresas de publicaciones periódicas solo quedaran sujetas a

⁴⁷ DEL ROSAL FERNÁNDEZ, JUAN. (1973). *Cosas de derecho penal*. (pág. 404). En Madrid: Universidad Complutense.

⁴⁸ Exposición de Motivos XIII del Proyecto de Código Penal de 1884: “[...] No es nuevo este principio en nuestro derecho positivo, pues la Constitución de 1869 dispone otro tanto en su art. 19, que autoriza la suspensión por la autoridad gubernativa y la «disolución por Los tribunales de las asociaciones cuyos individuos delincan por los medios que ellas les proporcionen ;» y en tan autorizada doctrina puede igualmente apoyarse la disolución y suspensión de las empresas de publicaciones periódicas, que no son otra cosa que asociaciones ó entidades, verdaderas personalidades jurídicas, por cuyos medios y bajo cuyo nombre pueden cometerse delitos; y cuando realmente se cometan, y los tribunales lo declaren así, es tan lógica y natural la suspensión como la que se aplica á las sociedades por el citado artículo.”

suspension ó disolucion por los delitos expresamente señalados en este Código [...]”

Lo interesante del redactado de este artículo 25 es que Silvela ya comenzaba a cementar unas bases teóricas para diseñar una responsabilidad penal de la persona jurídica: sólo podía castigarse a una persona jurídica si los individuos pertenecían a su organización, hubieran delinquido utilizando medios de la persona jurídica, y actuando en su nombre; además las únicas penas que podían imponerse eran la suspensión o la disolución. Son bases teóricas que de cierta forma han influido en el artículo 31 bis del Código Penal actual.

La influencia de este proyecto de Silvela, aunque no fue recibido con unanimidad como lo recuerda Quintiliano Saldaña⁴⁹, tuvo influencia en otros anteproyectos que usaron el artículo 25 de Silvela como guía para su forma de regular la punibilidad de una persona jurídica y para desarrollar los efectos que producían las penas de suspensión, supresión y de disolución. Saldaña señala explícitamente que la influencia de Silvela se hizo notable en tres casos: el anteproyecto de 1891 de Raimundo Fernández Villaverde, el proyecto de 1912 o la redacción del artículo 31 del Código Penal del Protectorado Español en Marruecos en 1914. De acuerdo a Martínez⁵⁰ el proyecto de Silvela nunca llegó a ver la luz debido al fallecimiento del rey Alfonso XII meses después de que se presentará dicho proyecto en las Cortes, lo que provocó una crisis institucional y una sucesión en los cargos del presidente de gobierno y del ministro de justicia.

2. El siglo XX

⁴⁹ SALDAÑA GARCÍA-RUBIO, QUINTILIANO. (1927). Capacidad criminal de las personas sociales. (pág. 57-58; 129-130). En Madrid: editorial Reus S.A. Recuperado de <https://es.scribd.com/document/266798760/Capacidad-Criminal-de-las-Personas-Sociales-pdf#download>

⁵⁰ MARTÍNEZ PATÓN, VÍCTOR. (2019). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: la Doctrina Societas Delinquere Non Postest*. (pág. 334). En Buenos Aires: editorial B de f.

Aunque el derecho penal español del siglo XX no reconoció oficialmente la responsabilidad penal de la persona jurídica, existieron muchos más elementos normativos que en el siglo XIX que permitieron dar lugar a interpretaciones favorables a esta responsabilidad, y comenzaron a marcar el camino de cómo se regularía la posibilidad de castigar penalmente a este tipo de entidades.

Desde 1920 hubieron nuevamente intentos de reformar el Código Penal, promovidos y dirigidos principalmente por Saldaña quien quiso introducir la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el apartado 7 del artículo 44 de su proyecto de reforma⁵¹: “Art. 44. Son responsables criminalmente de los delitos y las faltas: [...] 7° Los que delinquieren estando constituidos en una entidad o personalidad jurídica, o formen parte de una sociedad o empresa de cualquier clase, si los delitos son ejecutados por los medios que la misma les proporcione, en términos que el delito resulte cometido a nombre y bajo el amparo o beneficio de la representación social.”. Saldaña explicaba en una de sus obras⁵² que la inspiración de este artículo provenía de Silvela al que se le añadió el requisito del beneficio de la representación social; igualmente indicó el autor que a pesar de haber sido descartada su proyecto de reforma, la Comisión de codificación sí había aprobado una de las bases⁵³ propuestas, para el proyecto de reforma del Código Penal, que también defendía la introducción de una responsabilidad social o participada.

Todos estos intentos en los proyectos de reforma del Código Penal, de castigar penalmente a la persona jurídica, desembocaron por primera vez en una regulación

⁵¹ Recuperado de <https://personasjuridicas.es/proyecto-de-codigo-penal-de-1920/>

⁵² SALDAÑA GARCÍA-RUBIO, QUINTILIANO. (1927). Capacidad criminal de las personas sociales. (pág. 133-134). En Madrid: editorial Reus S.A. Recuperado de <https://es.scribd.com/document/266798760/Capacidad-Criminal-de-las-Personas-Sociales-pdf#download>

⁵³ “Base 8ª. En el capítulo IV se hará la “Definición y graduación de la responsabilidad”. Conforme con el proyecto Silvela, la ley de Asociaciones de 10 de julio de 1894, el Proyecto cubano de 1908 y el más reciente Proyecto de reforma penal, el futuro Proyecto establecerá, junto a la responsabilidad individual, la social o participada; cuando los que delinquen, estando constituidos en entidad o personalidad jurídica, lo hagan por los medios que la misma les proporcione, en términos que el delito resulte cometido a nombre y bajo el amparo o en beneficio de la representación social [...]”

expresa en el Código Penal de 1928. No extraña que dentro de las figuras detrás de la comisión de codificación de este código se encontrara Saldaña. El autor hizo énfasis⁵⁴ en que su propuesta completa para el Código de 1928 fue descartado y se optó por regular la responsabilidad penal corporativa siguiendo los trabajos de Silvela. La redacción final del Código Penal de 1928 estableció en su artículo 44 la base para poder castigar penalmente a una persona jurídica que disponía lo siguiente: “Art. 44. La responsabilidad criminal por los delitos o faltas es individual. Pero cuando los individuos que constituyan una entidad o persona jurídica, o formen parte de un Sociedad, Corporación o Empresa de cualquier clase cometieren algún delito con los medios que las mismas les proporcionaren, en términos que resulte cometido a nombre y bajo el amparo de la representación social o en beneficio de la misma entidad, los Tribunales, sin perjuicio de las facultades gubernativas que correspondan a la Administración, podrán decretar en la sentencia la suspensión de las funciones de la entidad o persona jurídica, Sociedad, Corporación o Empresa, o su disolución o supresión, según proceda. Esta facultad no podrá ejercitarse sobre organismos administrativos del Estado, respecto a los cuales el Tribunal se limitará a dar cuenta al Ministro que corresponda.” Sin embargo, este Código Penal no consideró que los castigos impuestos a una persona jurídica fueran penas, sino medidas de seguridad, ya que las sanciones que podían recibir las corporaciones fueron reagrupadas dentro de las medidas de seguridad establecidas en los apartados 10 y 11 del artículo 90: “Art. 90. Las medidas de seguridad que, como consecuencia de los delitos o faltas, o como complemento de pena, podrán acordarse con arreglo a este Código, son las siguientes: [...] 10. La disolución, supresión, o Suspensión de entidades o personas jurídicas, Sociedades, Corporaciones o Empresas. 11. El cierre temporal o definitivo de los establecimientos que sirvieran de medio para la ejecución de los delitos. [...]”. Aunque todavía no fueran consideradas penas, esos castigos penales ya mostraban

⁵⁴ SALDAÑA GARCÍA-RUBIO, QUINTILIANO. (1927). Capacidad criminal de las personas sociales. (pág. 135). En Madrid: editorial Reus S.A. Recuperado de <https://es.scribd.com/document/266798760/Capacidad-Criminal-de-las-Personas-Sociales-pdf#download>

una inclinación por buscar el castigo no sólo individual pero también colectivo. Y aunque el Código Penal de 1928 fue derogado en 1931, el derecho penal español conoció por esos escasos años la posibilidad de hacer responsable a una persona jurídica, y diversificó las sanciones penales que podían imponerse; en efecto, ya no sólo se consideraba que la disolución era la única sanción posible, sino que a ella se sumó el cierre temporal o definitivo de establecimientos (sanción que no había sido considerada por ejemplo durante el siglo XIX).

Aunque Martínez⁵⁵ considera que el Congreso de Bucarest en 1929 fue un hito histórico y fundamental para que muchos ordenamientos jurídicos introdujeran y desarrollaran la responsabilidad penal de la persona jurídica, España fue un caso en el que no se vio reflejada la influencia de las resoluciones de dicho congreso en su normativa penal (a pesar de que estuvieran presentes en el congreso tanto delegados del gobierno español como juristas españoles). Y de ello es prueba la introducción del Código Penal de 1932 que no se pronunció sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica y cuyo silencio fue interpretado unánimemente en sentido negativo, como lo recuerda el propio Martínez⁵⁶.

Sin embargo las cosas volverían a cambiar, en cierta medida, a favor de la posibilidad de castigar penalmente a la persona jurídica con el nuevo Código Penal de 1944. En este Código se produjo una situación curiosa en la que habían artículos que reconocían una capacidad de acción delictiva de las personas jurídica pero se imponía la pena a sus directores, gerentes, encargados o administradores, y existían otros artículos que no reconocían la capacidad de acción delictiva de la persona jurídica pero sí le imponían un castigo penal. El artículo 238 era una muestra del primer escenario descrito que establecía: “Art. 238. [...] Cuando los hechos previstos en este artículo fueren, cometidos por Sociedades, Empresas o entidades análogas, se impondrán, en sus respectivos casos, las penas señaladas a los directores, gerentes de las mismas o encargados del servicio de que se trate,

⁵⁵ MARTÍNEZ PATÓN, VÍCTOR. (2019). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: la Doctrina Societas Delinquere Non Postest*. (pág. 347). En Buenos Aires: editorial B de f.

⁵⁶ Ídem, pág. 367.

así como a los componentes de los Consejos de administración, siempre que éstos tuvieran conocimiento de la orden incumplida.”. Por su parte el artículo 265 era un ejemplo del segundo escenario al establecer que: “Art. 265. Cuando un depósito de armas, municiones o explosivos, fuere habido en el domicilio de una Asociación, serán responsables tanto los empleados de la entidad que tengan su domicilio en el local social como los miembros de la Junta Directa de la Asociación, salvo que por unos u otros se justifique plenamente que no tenían conocimiento del depósito. Estas Asociaciones serán disueltas para todos sus fines, tanto si encontraren dichas armas o explosivos en su domicilio, como fuera de él.”

Con posteriores modificaciones de este Código Penal se continuaron introduciendo artículos que seguían este trayecto de imponer sanciones penales a la persona jurídica: el apartado d) del artículo 546 bis⁵⁷ introducido por la ley de 9 de mayo de 1950 o el artículo 2 del Decreto-ley de 15 de febrero de 1952⁵⁸, por el que se establecen responsabilidades de carácter civil y penal por incumplimiento de leyes laborales y de previsión social (éste último artículo dotaba a la empresa la posibilidad de ser sancionada penalmente pero también reconocía una capacidad de actuación delictiva). Aunque la posición mayoritaria era negar que la rama jurídica penal estaba abierta a la posibilidad de imponer castigos penales a la persona jurídica, estos ejemplos de artículos hicieron reaccionar a ciertos autores como Miguel Bajo Fernández⁵⁹, quien comenzó a defender la idea de que el Código

⁵⁷ Artículo 546 bis d) de la ley de 9 de mayo de 1950: Cuando a juicio del tribunal los hechos previstos en los artículos anteriores fueren de suma gravedad, se podrá imponer, además de las penas señaladas en los mismos, la inhabilitación del reo para el ejercicio de su profesión o industria y el cierre temporal o definitivo del establecimiento.

⁵⁸ Artículo 2 del Decreto-ley de 15 de febrero de 1952: Sin perjuicio de la responsabilidad civil solidaria a que se refiere el artículo precedente, y de las sanciones que establezcan las normas de carácter social, si de los hechos cometidos se desprendiera la existencia de maquinaciones o confabulaciones dolosas, la Delegación de Trabajo correspondiente pasará el oportuno tanto de culpa a la jurisdicción penal ordinaria, que podrá imponer, tanto a la empresa cedente como a la cesionaria, las penas señaladas en el artículo quinientos treinta y cuatro del Código Penal vigente.

⁵⁹ BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL. (1981). De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. En Anuario de derecho penal y ciencias penales. ISSN 0210-3001, tomo 43. (pág. 372-374). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=46189>

Penal había dejado de acatar rigurosamente el principio *societas delinquere non potest*, y que permitía imponer unas sanciones que podían ser medidas de seguridad o sanciones administrativas a esta clase de personas; me parece importante resaltar el artículo 2 del Decreto-ley de 15 de febrero de 1952, que al referirse a las sanciones que podían imponerse a la empresa cedente y cesionaria las llamaba “penas”, lo que ilustra claramente la falta de claridad sobre la posibilidad de castigar penalmente a la persona jurídica.

La consideración de que la persona jurídica podía ser castigada no con penas, pero con medidas de seguridad intentó plasmarse y desarrollarse en el proyecto de Código Penal de 1980. En este proyecto se establecía de forma expresa, en los artículos 132⁶⁰, 135⁶¹ y 153⁶²) que podía aplicarse medidas de seguridad a una persona jurídica, y que estas medidas podían ser: disolución de la persona jurídica, cierre temporal o definitivo de locales, suspensión de actividades o prohibición de actividades. De acuerdo a Martínez⁶³, esta inclinación de regulación penal respondía a tendencias que comenzaron a surgir en países como Francia o Países Bajos, y de nuevos intereses doctrinales en favor de la implementación de una responsabilidad penal corporativa plasmados a través de congresos organizados

⁶⁰ Artículo 132 del Proyecto de Código Penal de 1980: No obstante, podrán ser sometidas a las medidas de seguridad especialmente previstas para ellas las asociaciones, empresas o sociedades a causa de los delitos que sus directivos, mandatarios o miembros cometieren en el ejercicio de las actividades sociales o aprovechando la organización de tales entes.

⁶¹ Artículo 135 del Proyecto de Código Penal de 1980: [...] 16. Clausura de locales o establecimientos con carácter temporal o definitivo. En el primer caso el plazo de clausura no deberá exceder de cinco años. 17. Disolución de asociaciones, sociedades o empresas. 18. Suspensión de las actividades de dichas asociaciones, empresas o sociedades, por un plazo que no podrá exceder de dos años. 19. Prohibición a tales entes de realizar determinadas actividades, operaciones o negocios, con carácter temporal o definitivo. En el primer caso el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.

⁶² Artículo 153 del Proyecto de Código Penal de 1980: Los tribunales, en los delitos contra el orden socioeconómico o contra el patrimonio, si el hecho fuere cometido en el ejercicio de la actividad de sociedades o empresa o utilizando su organización para favorecerlo o encubrirlo, podrán aplicar todas o algunas de las medidas siguientes: a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos b) Disolución de la sociedad c) Suspensión de las actividades de la sociedad o empresa d) Prohibición a la sociedad o empresa de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos, en cuyo ejercicio se ha cometido, favorecido o encubierto el delito.

⁶³ MARTÍNEZ PATÓN, VÍCTOR. (2019). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: la Doctrina Societas Delinquere Non Postest*. (pág. 377-379). En Buenos Aires: editorial B de f.

entre 1976 y 1978. No fue hasta la introducción de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio, de Reforma Urgente y Parcial del Código Penal, que se volvió a introducir un nuevo artículo⁶⁴ que sancionaba con medidas de seguridad a la persona jurídica por un delito contra la salud pública: lo interesante de este artículo es que introdujo una nueva medida que no había sido utilizada antes, y consistía en la posibilidad de intervención en la empresa por parte de la Administración, previo pedido del Tribunal; dicha intervención podría ser considerada como el primer paso de lo que hoy es la intervención judicial de la persona jurídica.

En 1988 fue aprobada la Recomendación 18 del Comité de Ministros de los Estados Miembros en relación con la responsabilidad de las personas jurídicas por las infracciones cometidas en el ejercicio de sus actividades. Dicha Recomendación poco a poco fue derivando en la adopción de una serie de normativas europeas (tal como las detalla Juanes Peces⁶⁵) que obligaba a sancionar penal o administrativamente a las personas: Segundo Protocolo del Convenio Relativo a la protección de los intereses financieros de las Comunidades Europeas, Acto del Consejo de 19 de junio de 1997, Decisiones Marco 2001/413/JAI, 2002/629/JAI, 2003/80/JAI, 2004/757/JAI, 2005/222/JAI, 2005/667/JAI, 2004/68/JAI, Directivas 2008/99/CE, 2009/123/CE, Convenio de Estrasburgo 27/199 de Derecho penal contra la corrupción, Convenio de París de 17 de diciembre de 1997 de lucha contra

⁶⁴ Artículo 344 de la Ley Orgánica 8/1983, de 25 de junio: En los casos de extrema gravedad y cuando los hechos sean realizados en establecimiento público o se trate de los jefes, administradores o encargados de una organización dedicada, aunque fuere parcialmente, a los fines del párrafo primero, los Tribunales, además de imponer la pena superior en grado podrán decretar alguna de las medidas siguientes:

- a) Clausura definitiva de la empresa, sus locales o establecimientos, o disolución de la sociedad.
- b) Suspensión de las actividades de la empresa o sociedad por tiempo de seis meses a un año.
- c) Prohibición a la empresa o sociedad de realizar actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se ha cometido, favorecido o encubierto el delito, por tiempo de dos meses a dos años.

Cuando alguna de estas medidas fuera aplicada, el Tribunal podrá proponer a la Administración que disponga la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores.

⁶⁵ JUANES PECES, ÁNGEL. (2015). *Introducción a la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Consideraciones generales y problemas sustantivos y procesales que dicha responsabilidad suscita*. En JUANES PECES, ÁNGEL (dir.); DIEZ RODRIGUEZ, ELENA (coord.). *Responsabilidad Penal y Procesal de las personas jurídicas*. (pág. 7). En Madrid: Editorial Francis y Taylor.

la corrupción de agentes públicos extranjeros en las transacciones comerciales internacionales. En España todas estas normativas llegaron a proyectarse en el Código Penal de 1995 a través del artículo 129⁶⁶ que establecía una serie de consecuencias accesorias que podían aplicarse tanto a personas jurídicas como a entidades corporativas sin personalidad jurídica. Pero la inclusión de este artículo en el Código Penal desde 1995 no ha sido trascendental, como lo señala Feijoo⁶⁷, y ha tenido un papel residual, prueba de ellos es que después de más de una década aún no hay pronunciamientos del Tribunal Supremo respecto al contenido de este artículo.

La reforma del Código Penal en 2010 determinó que las consecuencias del artículo 129 sólo serían aplicables a entidades sin personalidad jurídica, porque con la entrada en vigor del artículo 31 bis se reconoció de forma expresa por primera vez que la persona jurídica podía ser penalmente responsable y se la podía castigar con las penas establecidas en el artículo 33.7.

⁶⁶ Artículo 129 del Código Penal de 1995: 1. El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, podrá imponer, motivadamente, las siguientes consecuencias:

- a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.
 - b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.
 - c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
 - d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquéllos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.
 - e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo necesario y sin que exceda de un plazo máximo de cinco años.
2. La clausura temporal prevista en el subapartado a) y la suspensión señalada en el subapartado c) del apartado anterior, podrán ser acordadas por el Juez Instructor también durante la tramitación de la causa.
3. Las consecuencias accesorias previstas en este artículo estarán orientadas a prevenir la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma.

⁶⁷ BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL; FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO JOSÉ; GÓMEZ JARA DÍEZ, CARLOS. (2016). Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. (pág. 302). En Pamplona: Editorial Arazandi, SA.

La historia del derecho penal español desvela que la implementación de las penas para la persona jurídica fue un proceso que tuvo muchos antecedentes, y que hubieron varios proyectos de reforma que no vieron la luz pero ya demostraban un interés de castigar penalmente a este tipo de entidad. Considero que las primeras penas aparecen en el siglo XIX y consistían en la disolución y la suspensión. Con el paso de los años se desarrolló un poco más el catálogo de penas que quedó establecido, por un breve periodo de tiempo, en el Código Penal de 1928. Incluso si después de la derogación de este último Código Penal, la postura oficial respecto al derecho penal español era que no se reconocía la posibilidad de imponer penas a la persona jurídica, se volvió a llegar a una situación en que el Código Penal (1944) preveía de cierta forma la imposición de sanciones penales. Como la postura doctrinal y jurisprudencial era contraria al reconocimiento de poder imponer penas a la persona jurídica, se consideró que las sanciones que el Código imponía eran medidas de seguridad o sanciones administrativas. Esta consideración cambió cuando el Código de 1995 determinó que a la persona jurídica se le podía aplicar consecuencias accesorias; consideración que volvió a cambiar cuando finalmente la reforma del Código Penal de 2010 estableció la posibilidad de hacer responsable penalmente a esta entidad y de imponerle penas.

CAPÍTULO II. LA CAPACIDAD DE IMPONER UNA PENA A LA PERSONA JURÍDICA

El castigo penal para la persona jurídica se incorporó de forma expresa en el derecho penal español con la reforma del Código Penal del 2010 y se confirmó con la modificación de este Código en el año 2015. Esta incorporación no ha sido pacífica para casi toda la doctrina que rechaza la idea de que una persona jurídica pueda ser castigada con una pena. Dentro de este grupo, que rechaza considerar al castigo penal de la persona jurídica como una pena, están quienes lo consideran como una forma de medida de seguridad y otros que consideran que este castigo tiene el mismo contenido sustancial que una sanción administrativa. Prestaré atención especial a la última cuestión acabada de señalar en el tercer capítulo de la presente tesis porque merece un estudio independiente por su complejidad. Pero puedo adelantar que la idea de aquellos que pretenden equiparar sustancialmente la sanción administrativa a la pena, no sólo se refiere al caso de la persona jurídica sino también al caso de una pena para la persona física.

También en este capítulo intentaré argumentar la idea de que la persona jurídica es susceptible de ser castigada con una pena, a pesar de sus diferencias respecto a la persona física. Evidentemente al hablar de la persona jurídica no es posible hablar en términos exactamente iguales que en el caso de la pena clásica para la persona física, pero eso, a mi entender, no es un impedimento para considerar que el castigo que se puede imponer a una persona jurídica penalmente responsable sea denominado como una pena.

En este trabajo no pretendo centrarme en el estudio de la teoría del delito de la persona jurídica porque ello merece un estudio independiente y separado, que ha sido realizado en múltiples ocasiones para criticar o defender la responsabilidad penal de la persona jurídica. Sin embargo, como ya había recordado en la Introducción, no se puede prescindir totalmente de algunos aspectos de la teoría del delito que necesariamente se deberán rescatar para analizar la posibilidad de imponer una pena a la persona jurídica. Evidentemente esos elementos que se

rescatan serán desarrollados en su justa medida y sin ánimo de exhaustividad, porque desarrollarlos sacaría concreción a la presente tesis.

Otro aspecto al que prestaré atención es el proceso penal de la persona jurídica. Con ello no me estoy alejando del objeto del presente estudio; al contrario, si existe una posibilidad de considerar que la persona jurídica es apta para recibir una pena como sanción penal, es porque puede ser sometida a un proceso penal. Si el proceso penal al que se ve sometida actualmente la persona jurídica se desvincula del proceso tradicional, de tal forma que es irreconocible, difícilmente podremos sostener la idea de que la sanción que se dicte en virtud de dicho proceso sea una pena. Debido a ello analizaré si los aspectos procesales penales que varían, debido a la naturaleza diferenciada de la persona jurídica, son lo suficientemente determinantes para que se descarte o no la idea de que esta entidad es capaz de ser castigada con una pena.

A. La decisión legislativa de castigar penalmente a la persona jurídica

Con la reforma del Código Penal en el año 2010 y la introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica, se previó en consecuencia la posibilidad de castigar penalmente a estas entidades. Frente a las interpretaciones que se realizan sobre esta forma de castigo penal hay algo innegable: el legislador optó de forma clara por la pena para sancionar la responsabilidad penal de la persona jurídica. El término utilizado en la reforma del Código Penal, tanto en la exposición de motivos⁶⁸ como en el articulado de este Código, es el de <<pena>>.

⁶⁸ Preámbulo VII de la Ley Orgánica 5/2010, de 22 de junio, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal: “En este ámbito se concreta un catálogo de penas imponibles a las personas jurídicas, añadiéndose -respecto a las hasta ahora denominadas consecuencias accesorias (disolución, suspensión de actividades, clausura de establecimientos...)-, la multa por cuotas y proporcional y la inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones Públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la seguridad social. Se opta en este punto por el sistema claramente predominante en el Derecho comparado y en los textos comunitarios objeto de transposición, según el cual la multa es la pena común y general para todos los supuestos de responsabilidad, reservándose la imposición adicional de otras medidas más severas sólo para los supuestos cualificados que se ajusten a las reglas fijadas en el nuevo artículo 66 bis [...]”

No hay espacio para ambigüedades o interpretaciones que puedan hacerse del redactado de la reforma del Código: el castigo aparejado a la responsabilidad penal es una pena. Si el legislador hubiera tenido dudas sobre el tipo de castigo que quería imponer a las personas jurídicas entonces no hubiera utilizado el término <<pena>> o hubiera dejado algún margen de interpretación para ser completado por un posterior desarrollo por parte de la doctrina. Es más, se reafirma en su posición aclarando que no se tratan de consecuencias accesorias sino de penas, siendo la multa la pena principal.

El texto normativo puede admitir sus críticas por varias razones; en numerosas ocasiones la técnica de redacción del legislador suele ser tildada de imprecisa o incompleta, y ello normalmente viene a ser solventado por el trabajo de la doctrina y la jurisprudencia. Como ejemplo de dicha imprecisión está el caso del primer apartado del artículo 570 quater del Código Penal (que fue introducido mediante la Ley Orgánica 5/2010 de 22 de junio, que también introdujo el artículo 31 bis) que hace una referencia a las sanciones que pueden emanar de la responsabilidad penal de la persona jurídica llamándolas <<consecuencias>> y no <<penas>>, confundiendo las denominaciones⁶⁹. Sin embargo una cosa es interpretar al legislador, y otra muy diferente es abusar del redactado literal y apartarse de él, dándole un significado que convenga a los intereses de una posición doctrinal. A mi entender, por muy mayoritaria que sea la defensa de una posición doctrinal sobre una construcción teórica, esta no procede si se despega completamente del sentido literal establecido por la normativa vigente. Como lo expone Muñoz Conde⁷⁰, por la prevalencia del principio de legalidad en el derecho penal, la interpretación gramatical del Código Penal es el límite a cualquier forma de interpretación que se pretenda hacer de este texto. Tampoco se puede olvidar que hasta ahora la jurisprudencia no se ha pronunciado en defensa de la idea de que el castigo penal

⁶⁹ Artículo 570 quáter del Código Penal: “Los jueces o tribunales, en los supuestos previstos en este Capítulo y el siguiente, acordarán la disolución de la organización o grupo y, en su caso, cualquier otra de las consecuencias de los artículos 33.7 y 129 de este Código”.

⁷⁰ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO; GARCÍA ARÁN, MERCEDES. (2010). *Derecho Penal Parte General*. (pág. 126). En Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

de las personas jurídicas no sea otra cosa que una pena, más, en el sí del sistema penal.

La intención del legislador de castigar a las personas jurídicas con penas ha sido reforzada con la última modificación del Código Penal en el año 2015⁷¹. Con esta reforma se modificaron algunos aspectos de la responsabilidad penal de la persona jurídica, como la figura del Compliance Program que fue la que mayores cambios recibió respecto a su regulación de 2010. Sin embargo se mantuvo intacta la consideración de pena como sanción que se podía imponer a una persona jurídica penalmente responsable. Al no haber ninguna modificación sobre este último aspecto, no hay espacio para una interpretación que sostenga que el sistema español pretendía formular alguna forma de sanción mixta para la persona jurídica (una sanción híbrida entre la pena y la sanción administrativa o entre la pena y la medida de seguridad). De haber sido otra la voluntad del legislador, que ocasión tuvo, se hubiera puesto de manifiesto en la última reforma. Téngase en cuenta que en el 2015 ya eran manidas las críticas de la doctrina defensora del principio *societas delinquere et puniri non potest*, y habían suficientes experiencias de otros sistemas jurídicos, que abrieron igualmente sus puertas a la responsabilidad penal de la persona jurídica, para que el legislador cambiara su postura sobre la consideración de pena al castigo de la persona jurídica.

No pretendo sostener que el simple hecho de que el legislador, a través de la reforma del Código Penal, decidiera denominar “pena” a la sanción para la persona jurídica haya dejado zanjado este tema frente a las críticas y construcciones teóricas opositoras. Pero el sistema penal español ha presenciado un cambio efectivo con la novedad de poder imponer una pena a las personas jurídicas. Esta nueva realidad puede y debe ser criticada, pero no moldeada a la conveniencia de los opositores de la responsabilidad penal de la persona jurídica.

⁷¹ Ley Orgánica 1/2015, de 30 de marzo, por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código Penal.

En un sentido muy parecido se pronunciaba ya en 2008 la profesora María Ángeles⁷² Cuadrado, apoyándose en una obra de Hans Hirsch⁷³, al mencionar que el castigar penalmente a una persona jurídica es una cuestión que va más allá del propio Derecho. En efecto, la decisión de sancionar penalmente a una persona jurídica debería ser determinada en función a cuestiones filosóficas, teleológicas y sociológicas porque el Derecho siempre debe responder a una realidad actual. Y la realidad a la que nos enfrentamos como sociedad es la intervención de personas jurídicas en la mayoría de actividades del día a día, pero además estas personas revisten una estructura y complejidad para nada desdeñable. Frente a eso el legislador dio el paso adelante e introdujo la posibilidad de someter a las personas jurídicas a penas, por lo que a los operadores del Derecho nos queda enfrentar esta realidad y encontrar el camino dogmático que explique el sentido de que este tipo de entidades sean aptas para ser castigadas con una pena.

B. La crítica a la construcción teórica sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica

1. La crítica tradicional

Un estudio completo sobre la aptitud de la persona jurídica para ser castigada con una pena debe ser consciente de la crítica tradicional que se hace de esta posición desde el ámbito penal. Aunque el presente estudio se enfoca en la teoría de la pena de la persona jurídica no se puede negar la incidencia y relevancia de la teoría del delito. Sin adentrarme en un análisis pormenorizado de la teoría del delito de la persona jurídica, no podemos ignorar la necesidad de que este trabajo haga una consideración sobre la crítica dirigida a esta teoría del delito, porque ella repercute,

⁷² ÁNGELES CUADRADO RUIZ, MARÍA. (2008). *¿Hacia la erradicación del principio "societas delinquere non potest"?*. En MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología*. (pág. 539). En Madrid: Editorial Tirant lo Blanch.

⁷³ JOACHIM HIRSCH, HANS. (1993). *La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones*. En Anuario de derecho penal y ciencias penales. ISSN 0210-3001, nro. 46. (pág. 1099-1124). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/descarga/articulo/46441.pdf>

como se verá más adelante, para someter a crisis la teoría de la pena de estas personas. Y la llamo crítica tradicional porque la mayoría de la posición doctrinal que se opone a la responsabilidad penal de las personas jurídicas sigue una misma línea argumentativa para desarrollar su rechazo a la posibilidad de castigar penalmente a la persona jurídica; aunque en el segundo apartado de este capítulo veremos una crítica novedosa sobre esta forma de responsabilidad penal.

Victor Gómez, conocido representante de la posición que se opone a la responsabilidad de la persona jurídica, trae a colación⁷⁴ como primer argumento que las normas penales son normas sobre determinación de una conducta; y el poder ser receptor de estas determinaciones de conducta sólo es posible para las personas físicas por sus aptitudes de racionalidad, autoconciencia y libertad. A continuación, el autor se opone a quienes defienden la ficción de que las personas jurídicas son capaces de realizar actos jurídicos (por ejemplo contratos, constituir sociedades, etc) en otras ramas del ordenamiento jurídico. Ello no podría ser posible en el ámbito penal porque el concepto que se maneja de acción está ligado al fin de la norma penal; la norma penal se interesa únicamente en conductas que considera antijurídicas porque conllevan un desvalor subjetivo producto de que las realiza una persona física, es decir que la norma penal sólo prohíbe conductas humanas voluntarias y externas⁷⁵. La conclusión, según este autor, sería que la persona jurídica no puede llevar a cabo una acción en el ámbito penal, y como la acción penal es necesaria para las diferentes categorías del derecho penal (tipicidad, antijuricidad, culpabilidad y punibilidad) entonces no podría configurarse una teoría del delito de la persona jurídica. Gómez continúa con su argumento descartando la

⁷⁴ GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR. (2016). *Penas para personas jurídicas: ¿ovejas con piel de lobo?* En LANDA GOROSTIZA, JON MIRENA (dir.); GARRO CARRERA, ENARA y ORTUBA Y FUENTES, MIREN (coord.). *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015*. (pág. 255-270). En Madrid: Editorial Dykinson.

⁷⁵ La explicación de este único interés que tiene la normativa penal por los comportamientos humanos voluntarios y externos se apoya en que no existe un concepto general abstracto en Derecho Penal de la noción de acción, siendo la tipicidad el punto de partida del derecho penal; la tipicidad a su vez resultaría en una primera comprobación de si se ha producido algún suceso que la norma penal quiere evitar, a continuación (y de producirse dicho suceso) se pasaría a comprobar si existieron las condiciones para poder evitar el suceso o, en su caso, para imputarlo al sujeto que los ejecutó; y las referidas condiciones de evitación serían conductas humanas voluntarias y externas.

posibilidad de que pueda hablarse de una tipicidad objetiva por el defecto de organización de la persona jurídica, de una tipicidad subjetiva por el conocimiento organizativo del riesgo empresarial y de culpabilidad en virtud de una cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad:

- Respecto a la falta de tipicidad objetiva: el defecto de organización no podría ser equivalente a la creación del riesgo típico relevante y su concreción en un resultado que la normativa penal pretende evitar. A esto se sumaría que el defecto de organización siempre sería consecuencia de una acción humana.
- Sobre la tipicidad subjetiva: el problema radicaría en que la persona jurídica no puede conocer nada por sí misma, tampoco puede querer algo, estas cualidades pertenecerían a las personas físicas trabajando dentro de la estructura de la persona jurídica. Y la transferencia de cualidades subjetivas de la persona física a la persona jurídica no es lo suficientemente argumentada como para hablar de una tipicidad subjetiva propia de estas últimas entidades.
- En cuanto a la culpabilidad: un Estado democrático de Derecho promueve un concepto de culpabilidad como una infracción personal de una norma de determinación por un sujeto penalmente responsable; por lo que dicho sujeto requiere de dos elementos: libertad y autoconciencia. Gómez encuentra incapaces a las personas jurídicas de poder revestir dichas cualidades.

Gómez refuerza su argumentación citando las expresiones utilizadas por el propio Código Penal, en los artículos 31 bis y siguientes, que mencionan expresamente la actividad delictiva cometida por parte de la persona física (ya sea el representante legal o con poder de decisión o las personas sometidas a la autoridad de los primeros) por cuenta y en beneficio de las personas jurídicas. Todos los argumentos tienen como punto de partida lo que el autor entiende es el mayor obstáculo para la persona jurídica y su capacidad de cometer delitos: sus carencias físicas, emocionales, psicológicas que le impiden materializar por sí misma acciones en el mundo externo.

El siguiente paso en la crítica de la responsabilidad penal de la persona jurídica es entrar a analizar el principio *societas puniri non potest*, y por lo tanto estudiar la figura de la pena que puede imponerse a la persona jurídica. Habiendo considerado, según Gómez, que no puede hablarse de ninguna forma de culpabilidad de la persona jurídica, entonces los castigos que el Código Penal reserva a estas entidades son asemejados, por esta posición doctrinal, a castigos como la sanción administrativa, las medidas de seguridad o las indemnizaciones civiles por daño. Tal como lo explicaba Mir Puig⁷⁶ evidentemente el principio de culpabilidad es un principio cardinal del derecho penal, sin embargo este principio no impide que pueda y deba sancionarse una responsabilidad puramente objetiva o por hecho ajeno. Se trata de una modulación que puede hacerse del principio de culpabilidad en otros ámbitos del Derecho como el administrativo o el civil, porque las sanciones que se imponen en esos ámbitos no revisten el mismo reproche ético, jurídico y social que conlleva la imposición de una pena. El principio de culpabilidad sólo impediría la aplicación de penas tradicionales en casos en los que sólo existe responsabilidad objetiva o cuando no se ha actuado por cuenta propia; y ese mismo reproche ético jurídico social fuerte del derecho penal haría imposible la modulación del principio de culpabilidad para imponer penas a quienes no tienen responsabilidad subjetiva o no hubieran actuado por cuenta propia. Para aumentar peso a sus argumentos, Mir añadía que entre el catálogo de penas de la persona jurídica hay cinco (suspensión de actividades, clausura de locales y establecimientos, prohibición de realizar actividades, inhabilitación para obtener ayudas y subvenciones públicas, y la intervención judicial) que coinciden perfectamente con lo que el Código Penal de 1995 regulaba como penas accesorias y cuya naturaleza era distinta al de una pena.

La solución que propone esta doctrina es asimilar las penas para las personas jurídicas a medidas de seguridad o a sanciones administrativas (lamentando que el legislador denominará penas a las sanciones de las personas jurídicas y no simplemente <<sanciones>> o <<castigos>>).

⁷⁶ MIR PUIG SANTIAGO. (2015). *Las nuevas "penas" para personas jurídicas, una clase de "penas" sin culpabilidad*. En I Congreso Internacional de la FICP sobre retos actuales de la teoría del delito. Ponencia llevada a cabo en Barcelona.

2. Un camino alternativo: la prevención reactiva

Dentro de este sector doctrinal crítico con la responsabilidad penal de las personas jurídicas, se encuentra una posición, a mi entender, muy interesante que desarrolla Beatriz Goena Vives⁷⁷, en el que me detendré. Esta autora también reivindica una falta de acción y de culpabilidad de la persona jurídica, sin embargo no se contenta con entender que la pena de la persona jurídica es una forma de sanción administrativa o civil encubierta que se infiltró dentro del sistema penal. Para esta estudiosa, el fin del castigo penal que se impone a la persona jurídica tiene como fin la prevención reactiva. La utilización del concepto <<reactiva>> no es aleatoria porque por un lado muestra que el objetivo principal de estas sanciones es incitar una reacción por parte de la persona jurídica, en cuyo seno se cometió el delito, para reorganizar su estructura pero también una reacción por parte del resto de personas jurídicas que operan en el tráfico jurídico, y por otro lado se trata de un concepto desligado de toda forma de referencia a características propias de un ser racional y humano.

Una de las ventajas de esta teoría de prevención reactiva, según Goena, sería que permite reagrupar todas las sanciones para la persona jurídica en un mismo grupo (tanto la multa como aquellas otras enlistadas en el artículo 33.7 b) a g)), aplacando así aquellos argumentos, como los de Feijoo⁷⁸, que considerarían que la pena de multa de la persona jurídica tendría una naturaleza distinta al resto de penas para la persona jurídica. También se pondría en evidencia lo que realmente se logra cuando se imponen estos castigos a una persona jurídica: no sólo inhibirse, como sucede con la pena para una persona física, sino desencadenar una reacción de reorganización por parte de la persona jurídica para que el delito cometido no se reitere; incluso la multa apuntaría, no sólo a ser una sanción económica para la persona jurídica, sino a ser un conducto que llevaría a esta persona a realizar una

⁷⁷ GOENA VIVES, BEATRIZ. (2017). *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*. (pág. 115-126). En Madrid: Editorial Marcial Pons.

⁷⁸ BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL; FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO JOSÉ; GÓMEZ JARA DÍEZ, CARLOS. (2016). *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. (pág. 275-300). En Pamplona: Editorial Arazandi, SA.

reestructuración. Todas las sanciones de la persona jurídica revestirían un contenido retrospectivo y prospectivo, y dependiendo del tipo de sanción uno o el otro sería mayoritario, así en la multa predominaría la retrospección y en el resto de sanciones la prospección.

Goena frente a una posible objeción que desvirtúe a su construcción, que se basa en la división que hace el artículo 66 bis del Código Penal entre multa y el resto de penas para la persona jurídica (aplicándose este 66 bis a las penas b) a g) del artículo 33.7 del Código Penal y el artículo 66 a la pena de multa), responde que la aplicación del artículo 66 no se limita a la pena de multa, sino que puede extenderse al resto de penas para las personas jurídicas porque ningún precepto de este último artículo así lo impide. Añade la autora que tanto el artículo 66 como el 66 bis consideran supuestos de peligrosidad. De forma bastante clara el 66 bis apunta a la necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva o sus secuelas, a considerar las consecuencias económicas, sociales, y a valorar los efectos para los trabajadores, y el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control. La peligrosidad a la que hace alusión el artículo 66 vendría de la consideración que obliga a hacer este artículo, en el momento de imponer una multa proporcional o una pena por cuotas, respecto a las circunstancias enumeradas por el artículo 31 quater⁷⁹; dichas circunstancias se circunscribirían únicamente a la peligrosidad de la persona jurídica. El problema que podría surgir de la circunstancia 6ta del artículo 66 (que hace referencia a la gravedad del hecho cometido y no a una peligrosidad) lo

⁷⁹ Artículo 31 quater: “1. Sólo podrán considerarse circunstancias atenuantes de la responsabilidad penal de las personas jurídicas haber realizado, con posterioridad a la comisión del delito y a través de sus representantes legales, las siguientes actividades:

- a) Haber procedido, antes de conocer que el procedimiento judicial se dirige contra ella, a confesar la infracción a las autoridades.
- b) Haber colaborado en la investigación del hecho aportando pruebas, en cualquier momento del proceso, que fueran nuevas y decisivas para esclarecer las responsabilidades penales dimanantes de los hechos.
- c) Haber procedido en cualquier momento del procedimiento y con anterioridad al juicio oral a reparar o disminuir el daño causado por el delito.
- d) Haber establecido, antes del comienzo del juicio oral, medidas eficaces para prevenir y descubrir los delitos que en el futuro pudieran cometerse con los medios o bajo la cobertura de la persona jurídica.”

resuelve si se entiende que la remisión hecha por el artículo 66 bis es un producto de una nueva regulación, que la autora caracteriza por estar llena de defectos y remisiones sin sentido; por lo tanto habría que hacer una interpretación amplia de la remisión que el artículo 66 bis hace al artículo 66 sobre las circunstancias de sus apartados 1 a 4, y evidentemente también el de su apartado 6. En apoyo de este último argumento se sumaría el hecho de que el artículo 31 bis no contempla como forma de <<desimputación>> el hecho cometido, entonces por lógica inversa tampoco el hecho cometido podría servir para imputar; con ello se descartaría cualquier pretensión de sostener que el apartado 6 del artículo 66 del Código Penal agravaría la responsabilidad penal de la persona jurídica en función al hecho cometido.

Prosigue la autora apuntando que el artículo 66 bis remite al artículo 66.6 cuando entra a considerar unos <<elementos del pasado>> conformados por la gravedad del hecho cometido y las circunstancias personales del delincuente. Como Goena parte de la base de que no hay culpabilidad de una persona jurídica, en el caso de estas personas sólo podría hablarse de la producción de un “estado antijurídico de las cosas” pero no de un hecho culpable; por lo tanto este estado antijurídico de las cosas puede no coincidir con el hecho delictivo materialmente cometido al que se hace referencia en el apartado 6 del artículo 66 del Código Penal. Habrían dos escenarios: castigar el hecho que implicaría “mirar hacia el pasado” y por otra parte castigar el estado antijurídico de las cosas que implicaría “mirar hacia el futuro”. Esta finalidad de “mirar hacia el futuro” es propia del caso de las personas jurídicas tal como lo señalaría el artículo 31 quater c), que atenúa la pena de la persona jurídica si esta repara o disminuye el estado antijurídico de las cosas a raíz del cual la persona física cometió materialmente el delito.

La autora concluye su exposición trazando una separación entre la multa para la persona jurídica y la multa tradicional para la persona física, y siempre asemejando la naturaleza de la primera a la naturaleza del resto de sanciones previstas para la persona jurídica. Dicha distinción se confirmaría primero por la falta de regulación del quebrantamiento de pena de multa en caso de las personas jurídicas, y con ello

se mostraría la inexistencia de intimidación que normalmente comporta la pena de multa para la persona física y su consecuente diferencia con la multa para la persona jurídica. En segundo lugar estaría la compensación, regulada por el artículo 31 ter del Código Penal, que se produce en el caso de imponerse una pena de multa tanto a la persona jurídica como a la persona física; la pena de multa tradicional sólo admite una modulación que resulta de su obligación de ser proporcional a la gravedad de los hechos y a las circunstancias personales del sujeto que cometió el delito. Me distancio de la autora sobre aquella supuesta falta de intimidación de la pena de multa para la persona jurídica como consecuencia de la falta de regulación penal del quebrantamiento de condena por parte de estas personas. A mi parecer la falta de regulación del quebrantamiento de condena nace de la conjugación de dos factores: un razonamiento erróneo del legislador y una omisión en su regulación. El razonamiento es erróneo porque el legislador consideró que el quebrantamiento de condena de los artículos 468 a 471 del Código Penal están pensados únicamente para una persona física, por eso la medida que se usa normalmente contra quien quiebra una condena es una pena privativa de libertad; en el caso de la persona jurídica es imposible aplicar una sanción de esta naturaleza⁸⁰. A esto se sumó la omisión del legislador de no plantearse un escenario de quebrantamiento de condena por parte de una persona jurídica, que es perfectamente posible tal y como sucede con las persona físicas que tratan de eludir una pena de multa.

Habiendo estudiado las posturas que se oponen a la vía penal como medio para responsabilizar a personas jurídicas debo resaltar que el punto de partida de todas ellas es la negación de la capacidad de racionalidad de una persona jurídica. Toda la construcción dogmática, para oponerse a la aplicación de la teoría del delito en el caso de una persona jurídica, y consecuentemente oponerse a su capacidad para ser sujetos a los cuales pueda imponérseles una pena, parte de esta aludida carencia de racionalidad propia de una persona física, que nunca podrá poseer una

⁸⁰ Si bien es cierto que tal como lo regulan los artículos 469 a 471 el quebrantamiento de condena no es aplicable al caso de una persona jurídica, es erróneo pensar que no existan formas de castigar a una empresa que no cumpla con su condena voluntariamente: por ejemplo a través de la intervención judicial o aumentando la cantidad de la multa que inicialmente debía pagarse.

persona jurídica. Sobre este punto se me ofrecen dudas de la perspectiva de que una persona jurídica no pueda ser racional o un agente moral (postura que será desarrollada más adelante). Creo que existe una posibilidad de entender que la persona jurídica es capaz de razonar y de hacer valoraciones morales, no en las mismas condiciones y términos que una persona física pero de tal forma que no es inconcebible imponerles una pena, sin que ello signifique separar dicha sanción del catálogo de penas que maneja el Código Penal o asimilarla a una sanción administrativa o medida de seguridad. El estudio de estas críticas me permite concluir que cualquier pretensión de defender que una persona jurídica es capaz de recibir una pena debe partir de la desacreditación de la idea de que esta entidad no puede ser un sujeto racional y moral. La defensa que se hace, por lo tanto, en esta tesis frente a todas esas críticas parte del axioma de considerar que la norma primaria penal es una norma de determinación.

Sin embargo podría construirse igualmente, para desacreditar esas críticas, una nueva concepción sobre la norma primaria y su forma de dirigirse a la persona jurídica y a la persona física. Es decir, concebir a la norma primaria como una institución que se dirige de forma diferente cuando el destinatario es una persona física o cuando es una persona jurídica. Considero que esta idea podría ser una salida válida para hacer frente a las críticas mencionadas pero que no desarrollaré por salirse del objeto de estudio de la presente tesis.

C. Las aptitudes procesales y personales de la persona jurídica para ser sujeto de la aplicación de una pena

A mi entender hay elementos que permiten afirmar que la sanción penal aplicada a una persona jurídica es una pena más de la rama jurídica penal. Con ello no quiero decir que niego ciertas diferencias con la pena tradicional aplicada a una persona física, pero entiendo que adoptando una postura abierta a las exigencias sociales, pero respetuosa de los límites del derecho penal, y no anclada a ciertas nociones tradicionales se puede desarrollar una teoría de la pena para la persona jurídica.

Para determinar que una persona jurídica es capaz de ser castigada con una pena hay que asegurarse primero que el camino procesal penal al que puede ser sometida no se aparta de las nociones básicas y de las garantías fundamentales que rodean el proceso penal tradicional. Si una pena sólo puede ser impuesta a través de un proceso penal, entonces en el caso de la persona jurídica también deben respetarse los aspectos procesales fundamentales para que se le imponga una pena; de lo contrario estaríamos ante un proceso, desnaturalizado de cualquier esencia penal, que en ningún caso sería el cauce a través del cual podría imponerse una pena.

Una vez analizado el proceso penal de la persona jurídica, continuaré examinando a la propia persona jurídica. Entender la naturaleza de esta persona, su organización, su forma de estructura, la dinámica en la que se toman decisiones en su seno, me permitirá concluir si esta persona cuenta con las capacidades suficientes para ser un sujeto apto de recibir una pena.

1. El camino procesal para imponer una pena a la persona jurídica

Una de las razones por las que se puede distinguir entre una pena y el resto de sanciones del ordenamiento jurídico, como la sanción administrativa o civil, es el proceso que se lleva a cabo para poder imponer una u otra sanción. En el capítulo III veré detenidamente como este proceso judicial distingue una pena de una sanción administrativa. Sin embargo lo que interesa en esta parte del trabajo es observar que, a pesar de las características diferenciales de una persona jurídica respecto a una persona física, el proceso penal en el caso de la primera persona conserva su esencia y sus máximas garantías, lo cual es un argumento a favor de que la persona jurídica también es apta para ser castigada con una pena, porque ella puede ser un sujeto pasivo del proceso penal. Evidentemente un argumento de esta naturaleza por sí sólo no es suficiente para validar dicha igualdad, pero si no comprobáramos que el proceso penal conserva sus esencia y respeta las máximas garantías procesales, en el caso de la persona jurídica, entonces ya quedaría desvirtuada cualquier pretensión de defender la naturaleza penal de la sanción que

el Código Penal acoge en el caso de esta entidad. En efecto, si un castigo no se impone a través de un proceso penal no puede ser considerado como pena: se trata de una consecuencia del artículo 3 del Código Penal⁸¹, según el cual las penas sólo pueden aplicarse por Jueces o Tribunales penales y únicamente a través de un proceso penal.

No pretendo alargarme en todos los aspectos procesales de la persona jurídica, sino enfocarme en aquellos puntos en los que, a consecuencia de las diferencias con la persona física, han obligado al proceso penal a hacer ciertos cambios en la forma en que la que se lleva cabo, para poder así considerar a una persona jurídica como parte pasiva. El fin de analizar estas diferencias es determinar si desvirtúan totalmente el proceso penal o si a pesar de ellas se conserva su esencia y se puede continuar hablando de un verdadero proceso penal en el que se ven inmersas las personas jurídicas como imputadas.

1.1 Representación y defensa de la persona jurídica

1.1.1 Representación

El primer aspecto procesal penal que difiere, en el caso de la persona jurídica, es la comparecencia. Se trata de una parte procesal que puede ser determinante para la concreción del contenido de la pena que pueda dictarse eventualmente, por ejemplo cuando en la primera comparecencia quién es acusado decide declararse culpable de los hechos sobre los que versa la correspondiente denuncia o en el caso de incomparecencia del imputado que resultaría en la declaración de rebeldía y la consecuente imposibilidad de dictar una sentencia condenatoria. Surgen así las primeras dudas que deben ser explicadas: ¿Cómo puede una persona jurídica, sin cuerpo físico, ser capaz de comparecer en un proceso penal? ¿Es capaz de recibir

⁸¹ Artículo 3 del Código Penal: “1. No podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad sino en virtud de sentencia firme dictada por el Juez o Tribunal competente, de acuerdo con las leyes procesales. 2. Tampoco podrá ejecutarse pena ni medida de seguridad en otra forma que la prescrita por la Ley y reglamentos que la desarrollan, ni con otras circunstancias o accidentes que los expresados en su texto. La ejecución de la pena o de la medida de seguridad se realizará bajo el control de los Jueces y Tribunales competentes.”

una pena una entidad que materialmente no puede comparecer en el proceso penal porque carece de un cuerpo físico?

Debido a esta importante trascendencia de la comparecencia la LECrim establece en su artículo 119⁸², la forma de suplir la carencia de un cuerpo físico a través de la designación de un representante especialmente designado por la persona jurídica. El mismo artículo ofrece la opción a la persona jurídica para designar un abogado y un procurador; y el tema del domicilio lo resuelve fácilmente señalando como domicilio para la citación de la persona jurídica su domicilio social, y posteriormente el resto de notificaciones relativas al proceso penal se llevarán a cabo a través del procurador designado.

Para evitar que la designación del representante por parte de la persona jurídica sea usado como una herramienta para dilatar o incluso evadir el proceso penal (por ejemplo en un hipotético caso en que la persona jurídica dilate adrede la designación del representante o una vez designado lo compele a no aparecer en vistas o en cualquier otro acto procesal), el propio artículo 119 permite que a falta de designación especial del representante el proceso pueda seguir su curso con la

⁸² Artículo 119 de la LECrim: “1. Cuando de acuerdo con lo dispuesto en el artículo 118 de esta Ley, haya de procederse a la imputación de una persona jurídica, se practicará con ésta la comparecencia prevista en el artículo 775, con las siguientes particularidades:

a) La citación se hará en el domicilio social de la persona jurídica, requiriendo a la entidad que proceda a la designación de un representante, así como Abogado y Procurador para ese procedimiento, con la advertencia de que, en caso de no hacerlo, se procederá a la designación de oficio de estos dos últimos. La falta de designación del representante no impedirá la sustanciación del procedimiento con el Abogado y Procurador designado.

b) La comparecencia se practicará con el representante especialmente designado de la persona jurídica imputada acompañada del Abogado de la misma. La inasistencia al acto de dicho representante determinará la práctica del mismo con el Abogado de la entidad.

c) El Juez informará al representante de la persona jurídica imputada o, en su caso, al Abogado, de los hechos que se imputan a ésta. Esta información se facilitará por escrito o mediante entrega de una copia de la denuncia o querrela presentada.

d) La designación del Procurador sustituirá a la indicación del domicilio a efectos de notificaciones, practicándose con el Procurador designado todos los actos de comunicación posteriores, incluidos aquellos a los que esta Ley asigna carácter personal. Si el Procurador ha sido nombrado de oficio se comunicará su identidad a la persona jurídica imputada.”

La solución sobre la imposibilidad física de la persona jurídica de comparecer en el proceso penal fue aportada por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de Medidas de Agilización Procesal. La modificación del Código Penal en 2010 no aportó ninguna solución al problema de comparecencia de la persona jurídica, que fue resuelto al siguiente año por la aludida Ley 37/2011.

presencia del abogado y del procurador. Por lo tanto, se da la opción a la persona jurídica para que en su primera comparecencia y en los actos procesales posteriores, en los que un imputado tendría que estar presente, designe a un representante para velar por sus intereses, y de no hacerlo la presencia de su abogado y procurador será suficiente para continuar el proceso. Podría pensarse que permitir la continuación de un proceso penal sin la presencia del representante especialmente designado por la persona jurídica vulneraría su derecho a la defensa, pero la persona jurídica se encuentra en una posición en la que le resultaría sencillo nombrar a cualquier persona para que la represente, porque no hay ninguna limitación para la designación del representante, y el no hacerlo desvelaría un claro desinterés, por parte de la persona jurídica, en la sustanciación del proceso penal. Además como lo explica el autor Nicolás Gonzales Cuellar⁸³, de producirse la ausencia del representante especialmente designado por la persona jurídica se darían los siguientes escenarios: en la primera comparecencia simplemente se estaría informando de los derechos que goza la persona jurídica en calidad de imputada y sobre la imputación existente en su contra, no se estaría por lo tanto tomando ninguna declaración tal como lo precisa el artículo 409 bis de la LECrim⁸⁴; aquellas diligencias de investigación o de prueba anticipada en las que se requiere o autoriza la presencia del representante designado por la persona jurídica (consideración que hace el artículo 120 de la LECrim⁸⁵) podrán seguir su curso

⁸³ CUELLAR GONZALES, NICOLÁS. (2015). *Representación y defensa de la persona jurídica*. En JUANES PECES, ÁNGEL (dir.); DIEZ RODRIGUEZ, ELENA (coord.). *Responsabilidad Penal y Procesal de las personas jurídicas*. (pág. 281-283). En Madrid: Editorial Francis y Taylor.

⁸⁴ Artículo 409 bis de la LECrim: "Cuando se haya procedido a la imputación de una persona jurídica, se tomará declaración al representante especialmente designado por ella, asistido de su Abogado. La declaración irá dirigida a la averiguación de los hechos y a la participación en ellos de la entidad imputada y de las demás personas que hubieran también podido intervenir en su realización. A dicha declaración le será de aplicación lo dispuesto en los preceptos del presente capítulo en lo que no sea incompatible con su especial naturaleza, incluidos los derechos a guardar silencio, a no declarar contra sí misma y a no confesarse culpable.

No obstante, la incomparecencia de la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación determinará que se tenga por celebrado este acto, entendiéndose que se acoge a su derecho a no declarar."

⁸⁵ Artículo 120 de la LECrim: "1. Las disposiciones de esta Ley que requieren o autorizan la presencia del investigado en la práctica de diligencias de investigación o de prueba anticipada se entenderán siempre referidas al representante especialmente designado por la entidad, que podrá asistir acompañado del letrado encargado de la defensa de ésta.

normal si este último no se encuentra presente, siempre y cuando sí lo esté el abogado defensor; en cuanto al juicio oral, que se regula en el artículo 786 bis de la LECrim⁸⁶, se seguiría la corriente de la primera comparecencia y sería suficiente la presencia del letrado para la defensa técnica de la persona jurídica y la del procurador para su representación procesal. Cuellar entiende que en todos estos casos se asemeja la ausencia del representante a la utilización del derecho a no declarar por parte de la persona jurídica, el autor la llama una “*presencia silente ficticia*”.

También argumenta por otra parte Antonio del Moral García⁸⁷ que, la falta de necesidad de que el representante especialmente designado de la persona jurídica esté presente, en los actos procesales mencionados, se fundamenta en que esta entidad siempre estará representada por el procurador y su defensa legal se hará efectiva a través de su abogado. Cuando la LECrim exige la presencia del imputado sólo estaría pensando en personas físicas y no en las personas jurídicas carentes de un cuerpo material, haciendo que exigencias como la del apartado 1 del artículo 786 de la LECrim⁸⁸ no sean aplicables cuando se imputa a una persona jurídica. Del Moral añade a su análisis que la no exigencia de la presencia del representante

2. La incomparecencia de la persona especialmente designada no impedirá la celebración del acto de investigación o de prueba anticipada que se sustanciará con el Abogado defensor.”

⁸⁶ Artículo 786 bis de la LECrim: 1. Cuando el acusado sea una persona jurídica, ésta podrá estar representada para un mejor ejercicio del derecho de defensa por una persona que especialmente designe, debiendo ocupar en la Sala el lugar reservado a los acusados. Dicha persona podrá declarar en nombre de la persona jurídica si se hubiera propuesto y admitido esa prueba, sin perjuicio del derecho a guardar silencio, a no declarar contra sí mismo y a no confesarse culpable, así como ejercer el derecho a la última palabra al finalizar el acto del juicio.

No se podrá designar a estos efectos a quien haya de declarar en el juicio como testigo.

2. No obstante lo anterior, la incomparecencia de la persona especialmente designada por la persona jurídica para su representación no impedirá en ningún caso la celebración de la vista, que se llevará a cabo con la presencia del Abogado y el Procurador de ésta.

⁸⁷ DEL MORAL GARCÍA, ANTONIO. (2015). *Comparecencia, declaración y representación de persona jurídica*. En JUANES PECES, ÁNGEL (dir.); DIEZ RODRIGUEZ, ELENA (coord.). *Responsabilidad Penal y Procesal de las personas jurídicas*. (pág. 292-293). En Madrid: Editorial Francis Lefebvre.

⁸⁸ Apartado 1 del Artículo 786: “1. La celebración del juicio oral requiere preceptivamente la asistencia del acusado y del abogado defensor. No obstante, si hubiere varios acusados y alguno de ellos deja de comparecer sin motivo legítimo, apreciado por el Juez o Tribunal, podrá éste acordar, oídas las partes, la continuación del juicio para los restantes.”

especialmente designado se entiende porque no está equiparado totalmente a una persona física imputada. A este último argumento podría sumar la idea de que el representante especialmente designado no tiene relevancia para la continuación normal del proceso penal (con ello no estoy sosteniendo la idea de que este representante no tenga relevancia procesal, la irrelevancia a la que hago referencia versa únicamente sobre su presencia física, ya que las declaraciones que el mismo pueda hacer durante el proceso tendrán consecuencias para la acusación y defensa de la persona jurídica), y de ello es prueba la posibilidad que tiene la persona jurídica de cambiar en cualquier momento del proceso a este representante por otro, siendo suficiente para ello realizar una nueva designación especial y su posterior comunicación al Juzgado, tal como lo señala Del Moral.

La única limitación que impone la LECrim a la designación del representante especialmente designado es que se trate de una persona que deba declarar como testigo, tal como lo indica el párrafo 2 del artículo 786 bis de este cuerpo normativo. Con esta prohibición el legislador pretendió evitar supuestos en los que la persona jurídica pueda utilizar la figura del representante para acaparar a algún testigo cuya declaración pudiera perjudicar su defensa legal. Esta prohibición suscita ciertas observaciones por parte de la doctrina que son abordadas acertadamente por Jordi Gimeno Beviá. Por un lado existe la posibilidad por parte de la persona jurídica de intentar ocultar información relevante de un testigo clave revistiéndolo con la figura del representante especialmente designado. La LECrim obliga a los testigos a comparecer cuando son citados y a decir la verdad en virtud del artículo 410 de la LECrim⁸⁹; dicha obligación no es compartida por los imputados quienes pueden acogerse a su derecho al silencio, y este derecho se extiende al representante especialmente designado (tal como lo pone en relevancia Gonzales Cuellar⁹⁰, quien explica que esta persona pueda guardar silencio o incluso mentir porque la falsa

⁸⁹ Artículo 410 de la LECrim: "Todos los que residan en territorio español, nacionales o extranjeros, que no estén impedidos, tendrán obligación de concurrir al llamamiento judicial para declarar cuanto supieren sobre lo que les fuere preguntado si para ello se les cita con las formalidades prescritas en la Ley."

⁹⁰ Vid. Supra 83.

declaración del representante no está tipificada como delito en el Código Penal y la persona jurídica tiene derecho a no autoincriminarse). Por otro lado, esta imposibilidad podría ser vista como una forma de menoscabo de la defensa jurídica de la persona jurídica quien vería cómo muchos de sus altos miembros con facultades de decisión serían citados como testigos, dejando vacía la estrategia de defensa jurídica que pudiera tener la persona jurídica y afectando así a su derecho a la defensa. A mi entender no se produce un detrimento de la defensa jurídica de la persona jurídica, tal como lo sostienen autores como Dopico Gómez Aller⁹¹ (quién llega a considerar que se vulnera un derecho fundamental de la persona jurídica), porque la defensa de la persona jurídica versa esencialmente sobre si se implementó y ejecutó correctamente el Compliance Program, y dicha comprobación no depende exclusivamente ni en gran parte de las declaraciones de los sujetos que formen parte de la estructura de la persona jurídica. En efecto, la implementación de un Compliance Program es el resultado de la combinación de una serie de medidas materiales y efectivas dentro de la organización de la persona jurídica y que pueden ser, tal como lo exponen autores como Javier Gómez Gómez Marta Escudero, Paula Hernández Cobo, Luis Posado, Paula Armentia Morillas y Álvaro Ecija Bernal⁹²: diseñar un mapa de riesgos, elaborar una compilación de documentos que resulten en la elaboración de un código ético de la empresa y de manuales de procedimientos que tienen lugar dentro de la estructura de la persona jurídica; instalación de controles técnicos de sistemas que permitan o nieguen físicamente accesos a información, espacios o medios relevantes de la empresa; establecer un canal de denuncias efectivo, objetivo y eficaz; implementar métricas, indicadores y cuadros de mandos que permitan medir y gestionar los riesgos en los que puede incurrir la persona jurídica. Con la pequeña lista ejemplificativa que

⁹¹ GÓMEZ ALLER, DOPICO. (2012). *Proceso penal contra personas jurídicas: medidas cautelares, representantes y testigos*. Diario LA LEY, núm. 7796. Recuperado de <http://resp-pj.blogspot.com/2012/04/dopico-gomez-aller-proceso-penal-contra.html>

⁹² GÓMEZ GÓMEZ, JAVIER; MARTA ESCUDERO; HÉRNADEZ COBO, PAULA; POSADO, LUIS; ARMENTIA MORILLAS PAULA; ECIJA BERNAL ÁLVARO. (2015). *Fases de implantación de un programa de Compliance*. En SAIZ PEÑA, CARLOS ALBERTO (coord.). COMPLIANCE Cómo gestionar los riesgos normativos de la empresa. (pág. 525-656) En Pamplona: editorial Thomson Reuters.

acabo de mencionar sobre los <<componentes>> de un Compliance Program se puede resaltar que, la actividad probatoria que debe llevar a cabo la defensa jurídica de una persona jurídica versará sobre elementos que van más allá de la información que puedan tener o no los administradores de una persona jurídica. El error en pensar que la limitación del apartado 1 del artículo 786 de la LECrim, respecto a la designación del representante, pueda presentar una vulneración del derecho a la defensa de la persona jurídica nace de olvidar que durante el proceso penal la persona jurídica entrará en una confrontación con la parte acusadora sobre la realización del hecho delictivo, y sobre el cumplimiento de su Compliance Program (si es que cuenta con él) con los requisitos del artículo 31 bis del Código Penal; las declaraciones del representante especialmente designado pueden ser relevantes a efectos de comprobación del hecho delictivo, pero su importancia no será determinante en aquello que respecta al Compliance Program.

Aunque existen ciertas precisiones que deben hacerse al momento de representar a la persona jurídica durante el proceso penal, ninguna de ellas la deja en una posición de desventaja o indefensión. La designación del representante especialmente designado será una acción que la persona jurídica podrá usar para organizar su defensa en función a las ventajas y desventajas que presente elegir a una u otra persona. La LECrim encontró una fórmula para suplir la carencia de cuerpo físico de la persona jurídica y, aunque su regulación puede admitir mejoras, permite aceptar la idea de que este ente sí es capaz de comparecer en un proceso penal sin que se vulnere su derecho a la defensa u otras garantías procesales que le corresponderían como parte pasiva de un proceso penal. El primer obstáculo procesal, que podría haber descartado la idea de que una persona jurídica es capaz de recibir una pena, queda por lo tanto superado.

1.1.2 Asistencia letrada de la persona jurídica

Otro aspecto determinante en el proceso penal y que incidirá de forma directa en la determinación y aplicación de una pena es la asistencia letrada. De acuerdo al ya examinado artículo 119 de la LECrim, la persona jurídica desde su primera

comparecencia debe designar un abogado y un procurador. Lo interesante de esta designación, y que se diferencia con aquella de una persona física, es el deber de designar tanto al abogado como al procurador (en el caso de la persona física el abogado puede reunir la representación que correspondería al procurador hasta el inicio del juicio oral). Entiendo que la obligación de la presencia del procurador es un respaldo ante una posible ausencia del representante especialmente designado. La falta de nombramiento de abogado y procurador por parte de la persona jurídica será suplida por una designación de oficio de ambas figuras para que asistan a la persona jurídica en todos los actos procesales.

Un escenario que podría darse normalmente cuando se defiende a una persona jurídica sería el de un abogado que defienda a esta persona pero también a la persona física coimputada; es un escenario peculiar porque la estrategia procesal de la persona jurídica podrá no coincidir con el de la persona física, tal como lo explica Gonzales Cuellar⁹³, porque a efectos de atenuación y como componente del Compliance Program la colaboración con las autoridades beneficia mucho más a efectos procesales a una persona jurídica que a una persona física. Sin embargo esta diferencia de intereses no discrepa de lo que puede pasar con personas físicas coimputadas que tienen el mismo abogado defensor; y como en este caso, se trata de un conflicto de intereses que debe resolver el abogado quien esté al frente de estas dos defensas. La solución más aconsejable en estos casos es una defensa letrada separada e independiente de la persona jurídica de aquella de la persona física. No es un problema de la persona jurídica sino del abogado defensor tal como lo establece el Código Deontológico en los apartados 1 a 4 del artículo 13.C⁹⁴. No

⁹³ CUELLAR GONZALES, NICOLÁS. (2015). *Representación y defensa de la persona jurídica*. En JUANES PECES, ÁNGEL (dir.); DIEZ RODRIGUEZ, ELENA (coord.). *Responsabilidad Penal y Procesal de las personas jurídicas*. (pág. 284-285). En Madrid: Editorial Francis Lefebvre.

⁹⁴ Artículo 13.C del Código Deontológico: “1.No podrá desempeñarse la defensa o el asesoramiento de intereses contrapuestos con otros que se esté o haya estado defendiendo o asesorando, o con los propios, ya que la lealtad hacia el cliente es principio fundamental de la Abogacía. 2. En el caso de conflicto de intereses entre dos o más clientes, deberá renunciar a la defensa o al asesoramiento de ambos, para la obligada preservación de la independencia, salvo autorización expresa de todos para intervenir a favor de cualquiera de ellos. 3. Sin embargo, se podrá intervenir en interés de todas las partes en funciones de intermediación o en la preparación y redacción de documentos de naturaleza contractual, debiendo mantenerse en tal supuesto una estricta y exquisita objetividad. No podrán desempeñarse encargos profesionales que impliquen actuaciones contra un anterior cliente,

existe por lo tanto ningún problema para la designación de la asistencia letrada de la persona jurídica que incida e impida que esta persona pueda eventualmente ser sujeta a una pena.

1.2 Declaración y derecho de no incriminación de la persona jurídica

De vital importancia es la declaración de un imputado a lo largo del proceso penal, se trata de otro factor que puede tener incidencia directa en la determinación de responsabilidad penal y de la aplicación de una pena. En el caso de la declaración de la persona jurídica ya se explicó cómo puede hacerla únicamente el representante especialmente designado, quien puede declarar, no declarar y acogerse al derecho a guardar silencio, o declarar y exponer información que no se apegue a la realidad. También se expuso que la incomparecencia de dicho representante es considerada como un equivalente al ejercicio por parte de la persona jurídica de su derecho a no declarar. La cuestión que podría generar dudas es si sólo el representante especialmente designado goza de este derecho de declarar o no hacerlo, o si lo comparten otros miembros que pertenecen a la organización de la persona jurídica. Este problema incrementa las dudas si se considera la prohibición del apartado 1 del artículo 786 bis de la LECrim de designar como representantes de la persona jurídica en el proceso penal a personas que deban declarar como testigos. Entiendo que si la declaración de la persona jurídica sólo puede realizarla el representante especialmente designado, entonces sólo él pueda gozar del derecho a no declarar que no será extensible al resto de miembros dentro de la estructura de la persona jurídica.

salvo que se asegure que no hay riesgo de que el secreto de las informaciones obtenidas en la relación con el antiguo cliente pueda ser vulnerado; o cuando de ninguna manera pudiera resultar beneficiado el nuevo cliente con aquellas informaciones. A estos efectos se tomará en cuenta el tipo de los asuntos en que se haya intervenido y el tiempo transcurrido. En ningún caso se podrá asumir encargos profesionales que impliquen actuaciones contra un anterior cliente en el seno del procedimiento en que se haya intervenido en defensa de éste, ni en los incidentes, recursos, ejecuciones o nuevos procedimientos que de él traigan su causa [...].”

Este derecho a no declarar deriva del derecho de no auto-incriminarse de la persona jurídica. Al ser parte pasiva de un proceso penal, seguimos la línea de Rosa Rodríguez⁹⁵ cuando afirma que la persona jurídica también goza del derecho a no declarar contra sí misma, en virtud del artículo 24.2 de la Constitución. Aquí nace un conflicto entre quienes entienden que el derecho a no auto-incriminarse no es absoluto para una persona jurídica y quienes entienden que sí lo es. En la primera postura se encuentra por ejemplo la Fiscalía General que en su Circular del 2011⁹⁶ argumentó que la información requerida por la Administración a una persona jurídica en un procedimiento administrativo previo, podía ser admitida como prueba en el proceso penal posterior contra esta entidad. En favor de la segunda postura, y a mi parecer es la que debe acogerse para determinar el alcance del derecho a no auto-incriminarse de la persona jurídica, están autores como Nieto Martín y Axel Dirk Blumenberg⁹⁷, que a su vez siguen la jurisprudencia del Tribunal Europeo de Derechos Humanos (en adelante TEDH)⁹⁸, que niegan cualquier forma de ponderar un derecho de defensa como el de no auto-incriminarse que debe tener carácter absoluto, y que debe ser extendido a la persona jurídica quien goza de todos los derechos procesales propios de una persona física sin ninguna variación. Sin embargo este carácter absoluto del derecho a no auto-incriminarse no supone su extensión a personas de la organización de la persona jurídica fuera de la figura del representante especialmente designado. A mi parecer esto se explica porque, por un lado, una extensión de esta naturaleza podría tergiversar el escenario procesal penal ocultando la declaración de verdaderos testigos bajo la falsa premisa de que

⁹⁵ RODRÍGUEZ BAHAMONDE, ROSA. (2017). *Estatuto jurídico procesal de la persona jurídica como parte pasiva del proceso penal*. En PÉREZ-CRUZ MARTÍN, AGUSTÍN JESÚS (dir.); NEIRA PENA, ANA MARÍA (coord.). *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*. (pág. 124-126). En Pamplona: Editorial Thomson Reuters.

⁹⁶ Circular 1/2011 de la FGE, pág. 91: “[...] la reforma del Código Penal constituiría un arma de doble filo para el ius puniendi estatal, al colocar a las personas jurídicas en un terreno en el que se le facultaría para rehusar toda cooperación.”

⁹⁷ NIETO MARTÍN, ADÁN; DIRK BLUMENBERG, AXEL. (2010). <<*Nemo tenetur se ipsum accusare*>> en el Derecho Penal europeo. En DÍEZ PICAZO, LUIS MARÍA; NIETO MARTÍN, ADÁN (dir.) *Los Derechos fundamentales en el Derecho Penal europeo*. (pág. 414-415). En Cizur Menor: Editorial Thomson Arazandi.

⁹⁸ Sentencia del TEDH 10828/84 de 25 de febrero de 1993.

representan procesalmente a la persona jurídica; por otro lado normalmente junto a la persona jurídica estarán imputados muchos (o todos) administradores o personas con capacidad de decisión dentro de la persona jurídica y/o las personas sometidas a la autoridad de estas últimas, quienes gozarán de su propio derecho a no autoincriminarse, por lo que carecería de sentido extender más allá de ellos el mencionado derecho. Todo lo expuesto me reconduce a lo que ya mencioné al principio de este apartado: sólo el representante especialmente designado por la persona jurídica tiene derecho a no declarar. Podría pensarse que esta designación del representante podría ser usada por la persona jurídica para apartar al testigo principal de la acusación, y frente a este argumento me posiciono junto a la opinión de Gimeno Beviá⁹⁹ al apuntar que no puede hablarse de un fraude procesal porque es una estrategia defensiva, dentro de los parámetros de la legalidad, que permite a la persona jurídica maniobrase como considere oportuno para sacar adelante su defensa legal. Entonces si la persona jurídica puede declarar libremente y el contenido de esa declaración no es limitado, su situación es equiparable al de una persona física lo cual permite seguir aceptando la idea de la capacidad de imponer una pena a esta entidad.

1.3 La conformidad de la persona jurídica

La conformidad es, tal y como lo explica de forma bastante extensiva Nicolás Rodríguez García¹⁰⁰, “el acto procesal unilateral, de naturaleza compleja y carácter dispositivo, consistente en la declaración de voluntad –escrita y, en ocasiones, oral– que emite el imputado –o los imputados–, asistido de su abogado, por el que se conforma con la pena solicitada en la acusación más grave formulada por las partes acusadoras y, en su caso, la responsabilidad civil, lo que provoca, si el órgano

⁹⁹ GIMENO BEVIÁ, JORDI. (2016). *Compliance y Proceso Penal. El proceso penal de las personas jurídicas*. (pág. 114). En Pamplona: Editorial Thomson Reuters.

¹⁰⁰ RODRÍGUEZ GARCÍA, NICOLAS. (2017). *La conformidad en el proceso penal de las personas jurídicas*. En PÉREZ-CRUZ MARTÍN, AGUSTÍN JESÚS (dir.); NEIRA PENA, ANA MARÍA (coord.). *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*. (pág. 190-204). En Pamplona: Editorial Thomson Reuters.

judicial lo admite, la finalización anticipada del procedimiento, sin la celebración de juicio oral, a través de una sentencia con todos los efectos de cosa juzgada”. A ello sólo añadiría que se trata de una consecuencia del principio de oportunidad del cual disponen las partes procesales. Se trata de una opción dentro de la defensa legal del imputado en el proceso penal. En el caso de las personas jurídicas se introdujo una novedad a través del apartado 8 del artículo 787 de la LECrim¹⁰¹. Normalmente cuando existían varias personas físicas coimputadas en un proceso penal, para que la conformidad pudiera surtir efectos se exigía que todos los imputados de forma unánime la prestaran, en caso contrario el proceso penal seguía su curso natural y el órgano judicial debía abrir el juicio oral para todos ellos, y así lo exponían tanto el párrafo 4 del artículo 655¹⁰², como el artículo 697¹⁰³ de la LECrim. El objetivo de que todos los imputados prestaran su conformidad era evitar situaciones

¹⁰¹ Artículo 787.8 de la LECrim: “8. Cuando el acusado sea una persona jurídica, la conformidad deberá prestarla su representante especialmente designado, siempre que cuente con poder especial. Dicha conformidad, que se sujetará a los requisitos enunciados en los apartados anteriores, podrá realizarse con independencia de la posición que adopten los demás acusados, y su contenido no vinculará en el juicio que se celebre en relación con éstos”.

¹⁰² Artículo 655 de la LECrim: “Si la pena pedida por las partes acusadoras fuese de carácter correccional, al evacuar la representación del procesado el traslado de calificación podrá manifestar su conformidad absoluta con aquella que más gravemente hubiere calificado, si hubiere más de una, y con la pena que se le pida; expresándose además por el Letrado defensor si, esto no obstante, conceptúa necesaria la continuación del juicio.
Si no la conceptúa necesaria, el Tribunal, previa ratificación del procesado, dictará sin más trámites la sentencia que proceda según la calificación mutuamente aceptada, sin que pueda imponer pena mayor que la solicitada.
Si ésta no fuese la procedente según dicha calificación, sino otra mayor, acordará el Tribunal la continuación del juicio.
También continuará el juicio si fuesen varios los procesados y no todos manifestaren igual conformidad.
Cuando el procesado o procesados disintiesen únicamente respecto de la responsabilidad civil, se limitará el juicio a la prueba y discusión de los puntos relativos a dicha responsabilidad.”

¹⁰³ Artículo 697 de la LECrim: “Cuando fueren varios los procesados en una misma causa, se procederá conforme a lo dispuesto en el artículo 694 si todos se confiesan reos del delito o delitos que les hayan sido atribuidos en los escritos de calificación, y reconocen la participación que en las conclusiones se les haya señalado, a no ser que sus defensores consideren necesaria la continuación del juicio.
Si cualquiera de los procesados no se confiesa reo del delito que se le haya imputado en la calificación, o su defensor considera necesaria la continuación del juicio, se procederá con arreglo a lo dispuesto en el artículo anterior.
Si el disentimiento fuere tan sólo respecto de la responsabilidad civil, continuará el juicio en la forma y para los efectos determinados en el artículo 695.”

contradictorias en las que unos hechos se tenían por ciertos a raíz de dichas conformidades, y luego de la práctica de las pruebas se llegara a la conclusión de que esos hechos nunca llegaron a pasar (consecuencia de esa misma contradicción podría ser la de unas personas condenadas por ciertos hechos y otras, que aun estando en las mismas circunstancias de las primeras, no acaban siendo condenadas por esos mismo hechos). La novedad que mencioné al principio consiste en que si en un proceso penal uno de los coimputados es una persona jurídica entonces esta última podrá prestar su conformidad de forma autónoma e independiente del resto de coimputados. Rodríguez cree que esta conformidad de la persona jurídica sólo sería autónoma e independiente si el resto de coimputados son personas jurídicas; me parece difícil estar de acuerdo con su interpretación porque el aparatado del artículo 787 es claro y no hace diferencias cuando habla de “los demás acusados”, nada impedía al legislador de hacer una precisión de tal naturaleza si así lo hubiera querido. Además insisto en que para llegar a penar a una persona jurídica, por un lado debe probarse la comisión del hecho delictivo, y por otro que el Compliance Program no cumpla con los requisitos del artículo 31 bis del Código Penal. Este último aspecto es esencial para entender que la contradicción, que se quiere evitar cuando la conformidad no se presta de forma unánime por los coimputados cuando son personas físicas, no se puede producir en relación con las personas jurídicas porque la actividad probatoria que versa sobre el Compliance Program será ajeno y desligado de los hechos llevados a cabo por las personas físicas, es decir que el Compliance Program cumpla o no con los requisitos necesarios para eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica no entrará en contradicción con la existencia probada o no de los hechos que cometieran el resto de coimputados. Y en sentido inverso, al ser autónoma e independiente, el contenido de la conformidad de la persona jurídica tampoco vinculará al resto de coimputados en sus respectivos enjuiciamientos. Es importante señalar que la conformidad es un reconocimiento sobre los hechos típicos llevados a cabo por la persona física, que no versa sobre el Compliance Program y su contenido o aplicación dentro de la organización de la persona jurídica.

Sin embargo la conformidad que presta la persona jurídica deberá cumplir con todas las características establecidas por la jurisprudencia¹⁰⁴, aunque alguna de ellas deberá adaptarse a su naturaleza por ser distinta a la de una persona física: que la conformidad de la persona jurídica deba ser absoluta, vinculante, formal y de doble garantía no plantea problemas porque las condiciones serían iguales que en el caso de la persona física; las características de ser personalísima y voluntaria deben abrirse a ciertos matices para entrar en consonancia con las características propias de una persona jurídica. Los rasgos de ser personalísima y voluntaria se cumplirán a través del representante que tenga poder suficiente, especial y con el mandato expreso para poder prestar la conformidad de la persona jurídica; de acuerdo con Rodríguez que sigue la postura doctrinal de Oscar Serrano Zaragoza¹⁰⁵, si el órgano judicial tuviera dudas sobre la conformidad que está prestando el representante de la persona jurídica, dicho órgano debería tomar una declaración del representante para que explique las circunstancias en las que la persona jurídica fue informada de los alcances de la conformidad que se prestará y de los efectos jurídicos que derivarán de hacerlo.

Como la conformidad es de especial relevancia para el proceso penal, porque le da un cierre rápido y taxativo, que deriva en la imposición de una condena (independientemente de que esta rebaje la cuantía, la duración o modifique el modo de ejecución solicitado por la acusación) que afectará a los derechos del

¹⁰⁴ Sentencia del Tribunal Supremo 260/2006 de 9 de marzo: "Ciertamente, la conformidad, dice la STS. 1774/2000 de 17.11, para que surta efectos, ha de ser necesariamente "absoluta", es decir, no supeditada a condición, plazo o limitación de cosa alguna; «personalísima», o, dimanante de los propios acusados o ratificada por ellos personalmente y no por medio de mandatario, representante o intermediario; «voluntaria», esto es, consciente y libre; «formal», pues debe reunir las solemnidades requeridas por la ley, las cuales son de estricta observancia e insubsanables; «vinculante», tanto para el acusado o acusados como para las partes acusadoras, las cuales una vez formuladas, han de pasar tanto por la índole de la infracción como por la clase y extensión de la pena mutuamente aceptada; y, finalmente, «de doble garantía», pues se exige inexcusablemente anuencia de la defensa y subsiguiente ratificación del procesado o procesados -en la hipótesis contemplada en el artículo 655 - o confesión de acusado o acusados y aceptación tanto de la pena como de la responsabilidad civil, más la consecutiva manifestación del defensor o defensores de no considerar necesaria la continuación del juicio -artículos 688 y ss. LECrim."

¹⁰⁵ SERRANO ZARAGOZA, OSCAR. (2014). *Contenido y límites del derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas en tanto sujetos pasivos del proceso penal*>>. En Diario La Ley. ISSN 19896913, Nro. 8415. (pág 1-10).

condenado, se deben exigir ciertas garantías para que el representante de la persona jurídica opte por esta vía de terminación del proceso. Por todo ello como expresé previamente, el poder del representante especialmente designado debe recoger de forma expresa la facultad para expresar la conformidad en un proceso penal concreto, y expresar que se han tenido en cuenta todos los efectos y alcances que pueden derivar de dicha conformidad. No obstante si se produjera el caso en que el representante no se presenta en los actos procesales o no fue designado por la persona jurídica, la defensa y representación de la persona jurídica quedan en manos del abogado y procurador designados de oficio o por la persona jurídica; en este supuesto la literalidad del artículo 787.8 es incontestable y sólo el representante especialmente designado puede prestar la conformidad y no así el abogado o procurador, por lo que en caso de ausencia del primero los otros deberán seguir con la defensa jurídica de la persona jurídica pero sin la posibilidad de expresar la conformidad. Ello no impide que la persona jurídica pueda dar la representación especial al abogado o procurador, quienes sólo entonces podrán (siguiendo los requisitos mencionados) prestar la conformidad.

Aunque la regulación de la conformidad de la persona jurídica se encuentra únicamente dentro del Título II de la LECrim que regula el procedimiento abreviado, ello no es obstáculo para que también pueda prestarse en el caso excepcional en que la persona jurídica sea sujeto pasivo de un proceso penal que se resuelva a través de un Proceso Ordinario (sería el caso de imputar un delito contra la salud pública en el que existen agravantes) o de un Juicio Rápido. Que la conformidad sólo sea regulada en este Título II de la LECrim se entiende porque la mayoría de los procesos contra la persona jurídica serán encausados a través del procedimiento abreviado, debido a que la pena que se prevé en los tipos penales por los que pueden responder estas personas es normalmente inferior a 9 años de prisión; y siguiendo lo establecido por el artículo 14 bis de la LECrim¹⁰⁶, es la gravedad la

¹⁰⁶ Artículo 14 de la LECrim: "Cuando de acuerdo con lo dispuesto en el artículo anterior el conocimiento y fallo de una causa por delito dependa de la gravedad de la pena señalada a éste por la ley se atenderá en todo caso a la pena legalmente prevista para la persona física, aun cuando el procedimiento se dirija exclusivamente contra una persona jurídica."

pena fijada para la persona física la que determinará el tipo del proceso penal que se llevará a cabo.

Siendo posible la conformidad de la persona jurídica en cualquiera de las modalidades del proceso penal, el momento en que deba prestarla tampoco variará respecto a la persona física:

- En el Procedimiento Ordinario durante la fase intermedia, cuando se reciben las calificaciones provisionales de la acusación el momento para prestar conformidad será a través del escrito de defensa. Y durante el inicio del juicio oral, la conformidad puede ser prestada en el momento en que el presidente del Tribunal pregunte a la persona jurídica imputada si se confiesa reo del delito que se le atribuye en el escrito de calificación de la acusación y responsable civil de los daños y perjuicios.
- En el Procedimiento Abreviado tras abrirse el juicio oral, la conformidad de la persona jurídica se puede dar en su escrito de oposición. Posteriormente y antes de la práctica de las pruebas, se puede prestar conformidad con un nuevo escrito de acusación (que se entiende que fue negociado para bajar sus solicitudes) que no se referirá a hecho distinto ni contendrá una calificación más grave que la del primer escrito de acusación, tal como lo refleja el apartado 1 del artículo 787 de la LECrim¹⁰⁷.
- En los Juicios Rápidos la conformidad de la persona jurídica opera como en el caso del Procedimiento Abreviado por disposición del artículo 801.1 de la LECrim¹⁰⁸. Pero el apartado 1 del artículo 801 permite además que la

¹⁰⁷ Apartado 1 del Artículo 787 de la LECrim: “1. Antes de iniciarse la práctica de la prueba, la defensa, con la conformidad del acusado presente, podrá pedir al Juez o Tribunal que proceda a dictar sentencia de conformidad con el escrito de acusación que contenga pena de mayor gravedad, o con el que se presentara en ese acto, que no podrá referirse a hecho distinto, ni contener calificación más grave que la del escrito de acusación anterior. Si la pena no excediere de seis años de prisión, el Juez o Tribunal dictará sentencia de conformidad con la manifestada por la defensa, si concurren los requisitos establecidos en los apartados siguientes.”

¹⁰⁸ Artículo 801.1 de la LECrim: “1. Sin perjuicio de la aplicación en este procedimiento del artículo 787, el acusado podrá prestar su conformidad ante el juzgado de guardia y dictar éste sentencia de conformidad, cuando concurren los siguientes requisitos:
1.º Que no se hubiera constituido acusación particular y el Ministerio Fiscal hubiera solicitado la apertura del juicio oral y, así acordada por el juez de guardia, aquél hubiera presentado en el acto escrito de acusación.

conformidad se pueda prestar ante el Juzgado de Guardia, siempre y cuando se reúnan los 2 primeros requisitos mencionados en este apartado (el tercer requisito no sería necesario para una persona jurídica imputada porque supone que la pena que se pide es una de privación de libertad que no es aplicable a estas entidades), y a cambio se reducirá en un tercio la pena impuesta cuya sentencia será dictada por el mismo Juez Instructor. Incluyo la posibilidad del Juicio Rápido porque en teoría nada impide que por los delitos de tráfico de drogas y los delitos contra la propiedad intelectual e industrial la persona jurídica sea imputada a través de esta modalidad de proceso; pero el artículo 795.1 de la LECrim¹⁰⁹ establece un tercer requisito muy indeterminado que podría hacer inviable el encauce del proceso penal a través de esta modalidad: la instrucción en los casos penales donde esté imputada una persona jurídica no tendrán normalmente el carácter <<sencillo>> que requiere este tercer requisito del artículo 795.1.

- El artículo 50.1 de la Ley Orgánica del Tribunal del Jurado¹¹⁰ (LOTJ en adelante) dicta que en los procesos penales ante este Tribunal (posibles en caso de que se cometiera un delito de cohecho o uno de tráfico de

2.º Que los hechos objeto de acusación hayan sido calificados como delito castigado con pena de hasta tres años de prisión, con pena de multa cualquiera que sea su cuantía o con otra pena de distinta naturaleza cuya duración no exceda de 10 años.

3.º Que, tratándose de pena privativa de libertad, la pena solicitada o la suma de las penas solicitadas no supere, reducida en un tercio, los dos años de prisión.”

¹⁰⁹ Artículo 795.1 3ª) de la LECrim: “1. Sin perjuicio de lo establecido para los demás procesos especiales, el procedimiento regulado en este Título se aplicará a la instrucción y al enjuiciamiento de delitos castigados con pena privativa de libertad que no exceda de cinco años, o con cualesquiera otras penas, bien sean únicas, conjuntas o alternativas, cuya duración no exceda de diez años, cualquiera que sea su cuantía, siempre que el proceso penal se inicie en virtud de un atestado policial y que la Policía Judicial haya detenido a una persona y la haya puesto a disposición del Juzgado de guardia o que, aun sin detenerla, la haya citado para comparecer ante el Juzgado de guardia por tener la calidad de denunciado en el atestado policial y, además, concorra cualquiera de las circunstancias siguientes: [...] 3ª) Que se trate de un hecho punible cuya instrucción sea presumible que será sencilla.”

¹¹⁰ Artículo 50.1 de la LOTJ de 22 de mayo: “1. Igualmente, procederá la disolución del Jurado si las partes interesaren que se dicte sentencia de conformidad con el escrito de calificación que solicite pena de mayor gravedad, o con el que presentaren en el acto, suscrito por todas, sin inclusión de otros hechos que los objeto de juicio, ni calificación más grave que la incluida en las conclusiones provisionales. La pena conformada no podrá exceder de seis años de privación de libertad, sola o conjuntamente con las de multa y privación de derechos.”

influencias) la persona jurídica podrá prestar su conformidad en la formulación de sus conclusiones definitivas, conformándose con el escrito inicial de acusación y su pena más grave o con un nuevo escrito de acusación posterior (que probablemente haya sido negociado entre la parte acusadora y la persona jurídica imputada) que respete la limitación sobre los hechos objeto del juicio y la calificación que se hubiera hecho de ellos. A este momento se suma otro, que aunque no esté regulado se permite en virtud del principio de economía procesal y por aplicación supletoria de la regulación de la LECrim tal como lo señala José Manuel Maza Martín¹¹¹, que puede tener lugar en un momento inmediatamente previo al inicio del juicio oral.

Acabo de ver como una institución tan importante como la conformidad del imputado también puede ser prestada por una persona jurídica cuando se encuentra en dicha posición procesal penal. La conformidad ha tenido que adecuarse a las características propias de estas personas respecto a ciertos requisitos que vimos como el de voluntariedad y deber de ser personalísima. Pero estos cambios no llegan a trastornar el núcleo duro de lo que es la conformidad dentro del proceso penal; aunque es cierto que la regulación de la LECrim puede ser mejorada para evitar discusiones argumentales sobre aspectos, que dividen a ciertos autores como la necesidad de que la conformidad sea unánime cuando los coimputados son personas físicas y jurídicas. Hasta ahora ninguna de las diferencias en los elementos procesales penales de la persona jurídica puede llevar a concluir que el producto final, es decir la sanción penal que pueda emanar del proceso, no tenga otra naturaleza que la de una pena.

1.4 La actividad probatoria en el proceso penal contra una persona jurídica

¹¹¹ MAZA MARTÍN, JOSÉ MANUEL. (2015). *La conformidad de la persona jurídica*. En JUANES PECES, ÁNGEL (dir.); DIEZ RODRIGUEZ, ELENA (coord.). *Responsabilidad Penal y Procesal de las personas jurídicas*. (pág. 334). En Madrid: Editorial Francis y Taylor.

A lo largo de esta exposición sobre el camino procesal penal para la imputación de una persona jurídica se ha hecho bastante énfasis sobre la necesidad de probar por un lado la comisión del hecho delictivo y por otro la plenitud del Compliance Program respecto a los requisitos que impone el artículo 31 bis.5.

Es muy acertada la frase de José Vicente Gimeno Sendra¹¹² sobre el objeto de prueba en un proceso penal, en la que expone que a las partes les corresponde determinarlo probando, a través de la confirmación de todos los hechos que constituyen el delito en cuestión pero también de aquellos hechos que impiden, extinguen o excluyen la pretensión penal.

Lo dicho puede llevar a plantearse dudas sobre qué es exactamente lo que debe probarse en el juicio oral cuando la parte acusada es una persona jurídica o a quién corresponde probar los hechos. No se tratan de cuestiones intrascendentes, porque la respuesta a ellas podría definir una diferencia sustancial entre el proceso penal que se lleva a cabo contra una persona física y aquel que se lleva a cabo contra una persona jurídica. Y como he afirmado reiteradamente, si existen dichas diferencias y ellas son de tal magnitud que hacen irreconocibles al proceso penal, entonces difícilmente podría tildarse de pena a la sanción que emana de ese proceso. Por ello estudiaré primero cuál es el objeto de prueba en el proceso penal contra una persona jurídica, y luego expondré quién tiene la carga de la prueba.

1.4.1 El objeto de prueba

En el caso de las personas jurídicas el artículo 31 bis indica cuáles son todos los elementos fácticos sobre los cuales deberán llevarse a cabo las actividades probatorias: “delitos cometidos en nombre o por cuenta de las mismas, y en su beneficio directo o indirecto, por sus representantes legales o por aquellos que actuando individualmente o como integrantes de un órgano de la persona jurídica, están autorizados para tomar decisiones en nombre de la persona jurídica u

¹¹² GIMENO SENDRA, JOSÉ VICENTE. (2012). *Derecho procesal penal*. (pág. 747). En Navarra: Editorial Civitas.

ostentan facultades de organización y control dentro de la misma.”, y “delitos cometidos, en el ejercicio de actividades sociales y por cuenta y en beneficio directo o indirecto de las mismas, por quienes, estando sometidos a la autoridad de las personas físicas mencionadas en el párrafo anterior, han podido realizar los hechos por haberse incumplido gravemente por aquéllos los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad atendidas las concretas circunstancias del caso.”

Como en cualquier proceso penal, está el hecho delictivo cuya comprobación es uno de los ejes centrales de la actividad probatoria. En el caso de las personas jurídicas se le conoce como hecho de referencia o hecho de conexión¹¹³, pero a diferencia del caso de las persona físicas el hecho de referencia es indiferente a la culpabilidad de la persona física que lo ejecutó materialmente. Este hecho de conexión tan sólo requiere ser un hecho típico y antijurídico pero no culpable, a los efectos que interesan respecto a la imputación de una persona jurídica; y ello es así desde el momento en que al artículo 31 ter del Código Penal¹¹⁴ se desinteresa totalmente de la culpabilidad de la persona física.

Pero no es suficiente con la verificación de la comisión del hecho de referencia. Tal como lo señala el artículo 31 bis, debe existir un beneficio para la persona jurídica. Para Neira Pena¹¹⁵ probar que hubo un beneficio para la persona jurídica consiste

¹¹³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid de 28 de abril: “[...] el del Código Penal demanda una interpretación que exige:

- ‘un hecho de conexión’
- ‘y la idea de culpabilidad por defecto de organización o de ejecución de ésta’.”

¹¹⁴ Artículo 31 ter del Código Penal: “1. La responsabilidad penal de las personas jurídicas será exigible siempre que se constate la comisión de un delito que haya tenido que cometerse por quien ostente los cargos o funciones aludidas en el artículo anterior, aun cuando la concreta persona física responsable no haya sido individualizada o no haya sido posible dirigir el procedimiento contra ella. Cuando como consecuencia de los mismos hechos se impusiere a ambas la pena de multa, los jueces o tribunales modularán las respectivas cuantías, de modo que la suma resultante no sea desproporcionada en relación con la gravedad de aquéllos.

2. La concurrencia, en las personas que materialmente hayan realizado los hechos o en las que los hubiesen hecho posibles por no haber ejercido el debido control, de circunstancias que afecten a la culpabilidad del acusado o agraven su responsabilidad, o el hecho de que dichas personas hayan fallecido o se hubieren sustraído a la acción de la justicia, no excluirá ni modificará la responsabilidad penal de las personas jurídicas, sin perjuicio de lo que se dispone en el artículo siguiente.”

¹¹⁵ NEIRA PENA, ANA MARÍA. (2017). *La prueba en el proceso frente a las personas jurídicas*. En PÉREZ-CRUZ MARTÍN, AGUSTÍN JESÚS (dir.); NEIRA PENA, ANA MARÍA (coord.). *Proceso penal*

en verificar que existió un provecho objetivo para ella fruto de la realización del hecho de referencia, no siendo necesario que el beneficio fuese inmediato o directo. Para la autora, e incluso la Fiscalía General¹¹⁶, se trata incluso de probar la idoneidad ex ante del hecho para beneficiar a la persona jurídica, es decir que no haría falta probar un beneficio o provecho efectivo sino simplemente la aptitud del hecho para producir ese beneficio. Me adhiero a la línea de Neira al afirmar que no es necesario que la acción se realice exclusivamente para producir un beneficio para la persona jurídica, por lo que el beneficio podría no ser únicamente para la persona jurídica ni ser el principal (pudiendo resultar otros sujetos mucho más aventajados por la comisión del hecho). Sin embargo me alejo de la postura de la autora cuando considera que si la persona física buscaba exclusivamente un beneficio propio, la persona jurídica no respondería aunque hubiera obtenido un provecho de ello: el artículo 31 bis al mencionar el <<beneficio indirecto>> hace alusión a un escenario como el que acabo de describir, por lo que sería suficiente probar la existencia del beneficio para que se cumpla este requisito, además entrar a comprobar la voluntad de la persona física (si quiso un beneficio exclusivo para ella o no) es ajeno desde la perspectiva de la responsabilidad penal de la persona jurídica¹¹⁷.

Una vez verificado el beneficio se debe hacer una comprobación que puede variar en función a la posición que ocupa, dentro de la estructura de la persona jurídica, la persona física que realizó el hecho:

- Si la conducta fue llevada a cabo por una persona que mantiene un poder decisión o control dentro de la persona jurídica, entonces el elemento que debe probarse es si se actuó en nombre de la persona jurídica o por su

y *responsabilidad penal de personas jurídicas*. (pág. 270-280). En Pamplona: Editorial Thomson Reuters.

¹¹⁶ Circular de la FGE 1/2011, pág. 43-44.

¹¹⁷ BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL; FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO JOSÉ; GÓMEZ JARA DÍEZ, CARLOS. (2016). *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. (pág. 84). En Pamplona: Editorial Arazandi, SA.

cuenta. La actuación en nombre o por cuenta de la persona jurídica quedaría comprobada si la persona con poder de decisión o control actuó dentro del radio de actividades propias de la persona jurídica o desarrollando su objeto social.

- Si quien realizó el hecho de referencia fue una persona sometida a la autoridad de quienes tienen un poder de decisión o control, entonces se mantiene el deber de comprobar que la actividad se produjo dentro del radio de actividades de la persona jurídica; y sería suficiente con que las consecuencias jurídicas del hecho realizado tengan repercusión en el ámbito jurídico de la entidad (incluso si el subordinado pretendió actuar en nombre propio), siempre teniendo en cuenta la posición y las funciones que ostenta el subordinado. La diferencia con el supuesto de personas con poder de decisión o control, es que se exige además la comprobación de haberse <<incumplido gravemente los deberes de supervisión, vigilancia y control de su actividad>>; se trataría de una imprudencia por parte de las personas con poder o control, quienes no supervisaron, vigilaron o controlaron a sus dependientes, por lo que se tendría que probar la existencia de descuidos o negligencias respecto a los deberes de control que corresponden a las personas con autoridad.

Todo lo que acabo de mencionar conformaría la primera mitad del objeto de prueba en el proceso penal en el que se imputa a una persona jurídica, y que conformaría el elemento de tipicidad. Que junto a la comprobación del hecho de referencia deban realizarse otras verificaciones (beneficio directo o indirecto para la persona jurídica, hecho realizado en nombre o por cuenta de la persona jurídica y, en el caso de personas sometidas a una autoridad, una falta de control, vigilancia o supervisión) no significa que haya un cambio sustancial en materia probatoria que modifique sustancialmente el proceso penal para la persona jurídica, porque ni modifican el formato procesal penal, ni suponen una merma para los derechos de las partes involucradas.

La otra mitad del objeto de prueba en el proceso penal de la persona jurídica es, como dijimos previamente, la plenitud del Compliance Program respecto a los requisitos del artículo 31 bis.5. Pero antes de pasar al análisis de qué es lo que exactamente debe probarse respecto al Compliance Program debo detenerme para hacer una aclaración sobre un punto que hasta la reforma del Código Penal de 2015 dividía las opiniones.

En la Circular 1/2011 de la Fiscalía General¹¹⁸ y según algunos autores como Gimeno Beviá¹¹⁹, el Compliance era un elemento más para eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica, pero no era ni el más importante ni el único; es decir, el juez debía valorar el Compliance Program junto al resto de pruebas para determinar si existía o no responsabilidad penal de una empresa. Sin embargo esta posición quedó superada¹²⁰ con la modificación del artículo 31 bis del Código Penal en el año 2015, cuando se estableció en sus nuevos apartados 2 y 5 los requisitos que debía cumplir un Compliance Program, y que una vez cumplidos estos requisitos la persona jurídica podía ser eximida de toda responsabilidad penal. En sentido estricto es el apartado 5 del artículo 31 el que regula expresamente los requisitos que debe cumplir el Compliance Program no obstante, el apartado 2 no lo advierte de forma expresa pero a través de un análisis de su contenido se puede deducir que también contiene requisitos de este programa de la persona jurídica. Pasaré ahora a analizar uno a uno los requisitos de ambos apartados del artículo 31 bis, empezando por aquellos citados expresamente por el apartado 5 y pasando luego a aquellos del apartado 2:

- Identificación de las actividades en cuyo ámbito puedan ser cometidos los delitos que deban ser prevenidos. Se trata de una combinación de análisis

¹¹⁸ Circular de la FGE 1/2011, pág. 49.

¹¹⁹ GIMENO BEVIÁ, JORDI. (2016). *Compliance y Proceso Penal. El proceso penal de las personas jurídicas*. (pág. 247). En Pamplona: Editorial Thomson Reuters.

¹²⁰ Aunque sigue existiendo la posición contraria que defiende que el Compliance no son de forma exclusiva la única forma para eximir de responsabilidad a una persona jurídica; por ejemplo la Fiscalía en su circular 1/2016 (pág. 52 y ss.) aún mantiene su posición de 2011 y exige la comprobación de una verdadera cultura ética empresarial dentro de la persona jurídica, y no considera suficiente la existencia del Compliance Program.

que comienza con la propia persona jurídica y luego pasa a la evaluación de los riesgos penales. Los datos relevantes sobre la persona jurídica son su tamaño, la naturaleza del negocio que lleva a cabo, su organización y estructura (sobre este aspecto hay que desmenuzar el organigrama de la persona jurídica y su forma de división departamental, así como los distintos escalones de poder y decisión y la capacidad de representación atribuida en los distintos niveles) y finalmente el historial criminal de la persona jurídica (incluso si la responsabilidad penal de la persona jurídica fue introducida con la reforma del año 2010, haría falta observar comportamientos previos a ese año que a día de hoy podrían ser penados, e igualmente es necesario poner atención a las sanciones administrativas que pudieran haber caído sobre la persona jurídica). Con estos cuatro aspectos se intentaría determinar el grado de cuidado que debe tener la persona jurídica (mientras más grande más medios de protección tendrá que poseer, con programas de mayor rigor y complejidad), la naturaleza de delitos que se pueden llevar a cabo y que se diferenciarán en función a un tipo de negocio u otro, delimitar quién tiene la categoría de administrador y quién es un empleado sometido a una autoridad, y cuál es el potencial delictivo de la persona jurídica.

Determinado el tipo de persona jurídica en cuestión, el siguiente aspecto a considerar sería el riesgo penal en concreto que encara esa entidad. La consideración del riesgo es también a su vez un producto de la combinación de diferentes actividades que conforman la gestión del riesgo (identificar el riesgo, analizarlo, evaluarlo y controlarlo), tal como lo señala González Cuellar Serrano¹²¹ quien define la evaluación del riesgo como “un proceso dirigido a identificar y valorar su magnitud con el objeto de tomar una decisión apropiada sobre la adopción de medidas preventivas para eliminarlos o minimizarlos, es decir, controlarlos [...]. Se entiende que el riesgo es la probabilidad de que ocurra un acontecimiento no deseado y, si esto sucede, el perjuicio o impacto negativo producido.”

¹²¹ GONZÁLES CUELLAR SERRANO, NICOLÁS. (2016). *Prólogo*. En GIMENO BEVIÁ, JORDI. *Compliance y Proceso Penal. El proceso penal de las personas jurídicas*. (pág. 26-27). En Pamplona: Editorial Thomson Reuters.

Todo el conjunto de actividades que acabo de listar conforman el requisito del artículo 31 bis.5. Es decir, sólo el probar la identificación de riesgos es una tarea que por sí sola supone desde el principio una importante actividad probatoria.

- Establecer los protocolos o procedimientos que concreten el proceso de formación de voluntad de la persona jurídica, de adopción de decisiones y de ejecución de las mismas con relación a aquellos. Entiendo que el legislador pretendió con este requisito es imponer una obligación de plasmar en algún tipo de soporte escrito o informático la forma en que se adoptan las decisiones dentro de la estructura de la persona jurídica y cómo se materializan en el mundo externo. Se trata por lo tanto de dejar una constancia de la evolución en la cadena de eventos que tienen lugar dentro de una persona jurídica, y de esta forma poder dilucidar fácilmente quién realizó materialmente ciertas acciones, quién las autorizó, si hubieron otros involucrados en la actividad, y cómo se llevaron a cabo esas actividades (lugar, fecha, modo de operación, etc). Aunque la voluntad de la persona jurídica pueda interpretarse como aquella que emana a través de aquellas personas que tienen capacidad de representación, los protocolos y procedimientos a los que se hacen referencia en este requisito deben ser de la totalidad de la organización de la persona jurídica, es decir, desde aquellas decisiones que se tomen en la cúpula de la organización hasta aquellas que tienen lugar en el último nivel jerárquico; y esto debe ser así porque tanto la actividad del administrador como la del empleado es capaz de iniciar un proceso penal contra la persona jurídica. Incluso aquellos procesos que conciernen a terceros ajenos a la persona jurídica deben ser incluidos, siempre y cuando afecten o tengan incidencia en la esfera jurídica de la persona jurídica.

- Tener modelos de gestión de recursos financieros adecuados para impedir la comisión de delitos que deben ser prevenidos. De todos los requisitos del

Compliance este es el más ambiguo porque cada persona jurídica es un mundo y determinar cuáles eran los recursos financieros suficientes para prevenir un delito siempre resultará complicado: desde la aparición de este requisito su ambigüedad fue criticada por la doctrina, como es el caso de José González Cussac¹²². Por lo que lo más prudente es entender que con este requisito se exige que la persona jurídica haya contado con un presupuesto económico para elaborar su Compliance Program que cubra razonablemente la identificación, cuantificación, evaluación y control de los riesgos a los que puede ser expuesta la persona jurídica. Insisto en la ambigüedad de este requisito financiero, que realmente sólo podrá determinarse caso por caso.

- Informar de posibles riesgos e incumplimientos al organismo encargado de vigilar el funcionamiento y observancia del modelo de prevención. Se trata de la obligación de contar con un canal de denuncias interno, conocido también como <<whistleblowing interno>> tal como indica Ramon Ragués i Vallès¹²³. Esta importancia también ha sido resaltada por la jurisprudencia¹²⁴

¹²² GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ. (2015). *Comentarios a la reforma del Código Penal del 2015*. (pág. 183-184). En Valencia: Editorial Tirant lo Blanc.

¹²³ RAGUÉS I VALLÈS, RAMÓN. (2014). *El fomento de las denuncias como instrumento de política criminal contra la criminalidad corporativa: Whistleblowing interno vs whistleblowing externo*. En MIR PUIG, S.; CORCOY BIDASOLO, M. y GÓMEZ MARTIN, V. (dir.), Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal. (pág. 460). En Buenos Aires, Montevideo, Madrid: editorial B de F.

¹²⁴ STS 272/2020 de 6 de febrero: "En efecto, se hace constar en esta Directiva comunitaria que los canales de denuncia deben permitir que las personas denuncien por escrito y que lo puedan hacer por correo, a través de un buzón físico destinado a recoger denuncias o a través de una plataforma en línea, ya sea en la intranet o en internet, o que denuncien verbalmente, por línea de atención telefónica o a través de otro sistema de mensajería vocal, o ambos... Los procedimientos de denuncia interna deben permitir a entidades jurídicas del sector privado recibir e investigar con total confidencialidad denuncias de los trabajadores de la entidad y de sus filiales (en lo sucesivo, «grupo»), pero también, en la medida de lo posible, de cualquiera de los agentes y proveedores del grupo y de cualquier persona que acceda a la información a través de sus actividades laborales relacionadas con la entidad y el grupo. Sobre esta necesidad de implantar estos canales de denuncia, y que se vio en este caso con una alta eficacia al constituir el arranque de la investigación como "notitia criminis" se recoge por la doctrina a este respecto que la Directiva se justifica en la constatación de que los informantes, o denunciadores, son el cauce más importante para descubrir delitos de fraude cometidos en el seno de organizaciones; y la principal razón por la que personas que tienen conocimiento de prácticas delictivas en su empresa, o entidad pública, no proceden a denunciar, es fundamentalmente porque no se sienten suficientemente protegidos contra posibles

en una de sus sentencias más recientes en la que explica la importancia y obligatoriedad de contar con estos canales de denuncia, pero también de que permitan la protección de los <<whistleblowers>> frente a represalias de otros agentes dentro de la persona jurídica (a través del anonimato por ejemplo), y la facilidad de realizar la denuncia (disponiendo de medios telefónicos u online adecuados para realizarla).

- Configurar un régimen disciplinario que sancione adecuadamente el incumplimiento de las medidas establecidas por el Compliance. Tal como lo explica Beatriz Saura Alberdi¹²⁵, se trata de un código disciplinario interno de la persona jurídica que muestra la obligatoriedad de las conductas marcadas por el Compliance. También en este sentido comenta Gimeno Beviá¹²⁶ que

represalias provenientes del ente cuyas infracciones denuncia. En definitiva, se busca reforzar la protección del whistleblower y el ejercicio de su derecho a la libertad de expresión e información reconocida en el art. 10 CEDH y 11 de la Carta de los Derechos Fundamentales de la UE, y con ello incrementar su actuación en el descubrimiento de prácticas ilícitas o delictivas, como en este caso se llevó a cabo y propició la debida investigación policial y descubrimiento de los hechos. Debe destacarse, en consecuencia, que la implantación de este canal de denuncias, forma parte integrante de las necesidades a las que antes hemos hecho referencia del programa de cumplimiento normativo, ya que con el canal de denuncias quien pretenda, o planea, llevar a cabo irregularidades conocerá que desde su entorno más directo puede producirse una denuncia anónima que determinará la apertura de una investigación que cercene de inmediato la misma. En el caso ahora analizado una denuncia interna, al modo del canal de denuncias aquí expuesto, provoca la apertura de la investigación que desemboca en el descubrimiento de las operaciones que estaban realizando los recurrentes durante el periodo de tiempo indicado en los hechos probados, y que causó el perjuicio 25 JURISPRUDENCIA económico que se ha considerado probado. Resulta, pues, necesaria la correlación entre el programa de cumplimiento normativo en la empresa para evitar y prevenir los delitos cometidos por directivos y empleados ad intra, como aquí ocurrió con los tres empleados, a fin de potenciar el control interno y el conocimiento de directivos y empleados de la posibilidad de que dentro de su empresa, y ante el conocimiento de alguna irregularidad, como aquí ocurrió perjudica a la propia empresa, y, al final, a los propios trabajadores, si el volumen de la irregularidad podría poner en riesgo y peligro hasta sus propios puestos de trabajo, pero más por el propio sentimiento de necesidad de la honradez profesional y evitación de actividades delictivas, o meras irregularidades en el seno de la empresa, circunstancia que de haber existido en este caso hubiera cortado la comisión de estos hechos, aunque sin que por su ausencia, por falta de medidas de autoprotección, derive en una exención de responsabilidad penal, como se propone en este caso por el recurrente.”

¹²⁵ SAURA ALBERDI, BEATRIZ. (2017). *Diseño e implementación del plan de prevención de delitos en la empresa*. En PÉREZ-CRUZ MARTÍN, AGUSTÍN JESÚS (dir.); NEIRA PENA, ANA MARÍA (coord.). *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*. (pág. 300-301). En Pamplona: Editorial Thomson Reuters.

¹²⁶ GIMENO BEVIÁ, JORDI. (2016). *Compliance y Proceso Penal. El proceso penal de las personas jurídicas*. (pág. 272-273). En Pamplona: Editorial Thomson Reuters.

es una muestra de la persona jurídica de una <<tolerancia cero>> frente a la comisión de conductas delictivas.

- Realización de una verificación periódica del Compliance y de su eventual modificación. Con este requisito es evidente que debe reflejarse que el Compliance es dinámico y actualizado frente a cambios que pueda sufrir la propia persona jurídica, el sector en el que opera o la legislación (sectorial como penal); Gimeno Bevià llega incluso a sugerir que la revisión del Compliance debe llevarse a cabo cada seis meses o como mucho una vez al año. Debe haber una constancia de las adaptaciones y revisiones que registre el Compliance y que pongan en evidencia el historial de respuestas ante las infracciones del Compliance, los cambios organizativos de la persona jurídica, modificaciones del sector operativo o variaciones de la legislación.
- Supervisión del funcionamiento y del cumplimiento del Compliance confiado a un órgano de la persona jurídica con poderes autónomos de iniciativa y de control o que tenga encomendada legalmente la función de supervisar la eficacia de los controles internos de la persona jurídica. Con este requisito del apartado 2 del artículo 31 bis se exige la presencia de un <<Compliance Officer>>. Aunque los términos utilizados para referirse al Compliance Officer y a sus funciones son muy genéricos, esta figura no es extraña al ordenamiento jurídico español y así lo recuerda Jacobo Dópico Gómez Aller¹²⁷ quien cita el artículo 28 del Real Decreto 217/2008 de 15 de febrero y el artículo 26 de la ley 10/2010 de Prevención del blanqueo de capitales como ejemplos de antecedentes de esta figura. Determinar las funciones precisas del Compliance Officer es una labor que puede abarcar un estudio

¹²⁷ DÓPICO GÓMEZ-ALLER, JACOBO. (2014). *Posición de garante del Compliance Officer por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica*. En CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU. y GÓMEZ MARTIN, VICTOR (dir.), *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal* (pág. 338-340). En Buenos Aires, Montevideo, Madrid: editorial B de F.

independiente, en cuanto a lo que nos interesa puedo decir en rasgos muy generales que se requiere que se encargue de la gestión del Compliance, no sólo de su mantenimiento y actualización pero también de su ejecución (administrando por ejemplo las denuncias internas, investigándolas y reportándolas ante el órgano administrativo correspondiente).

- Que no se produzca una omisión o un ejercicio insuficiente de las funciones de supervisión, vigilancia y control por parte del Compliance Officer. Aunque el apartado 2 del artículo 31 bis del Código Penal trata a este requisito como si fuera independiente, está conectado y claramente subordinado al segundo requisito mencionado previamente. Se trata de un énfasis del legislador, como apunta Gonzalez Cussac¹²⁸, para mostrar que no basta con gestionar el Compliance sino que también debe ejercerse sobre él las debidas diligencias de control y supervisión.
- La elusión fraudulenta del Compliance por parte de los individuos que llevaron a cabo el hecho de referencia. Es un requisito que no atañe propiamente al Compliance Program como el resto de condiciones, pero que igualmente influye en él. Basta con decir que para que se cumpla dicha circunstancia debe probarse que la persona física cometió el delito esquivando todos los parámetros y procesos de seguridad del Compliance.

Todos estos requisitos conformarían la segunda mitad del objeto de prueba en un proceso penal contra una persona jurídica. La admisión del Compliance Program como objeto de prueba es una consecuencia lógica de introducir esta figura dentro del Código Penal. Es un elemento más dentro del proceso penal, por lo que por sí mismo no afectaría al desarrollo de este proceso tal como se venía practicando, y ser objeto de prueba tampoco determina un cambio sustancial en el proceso penal de la persona jurídica o en su consecuente capacidad para ser castigada con una

¹²⁸ GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ. (2015). *Comentarios a la reforma del Código Penal del 2015*. (pág. 165-172). En Valencia: Editorial Tirant lo Blanc.

pena. Lo que podría resultar problemático, y que veremos a continuación, es decidir a quién corresponde la carga de la prueba.

Merece la pena remarcar y distinguir entre el hecho de referencia que consiste en el elemento de tipicidad, tal como mencioné previamente, y la figura del Compliance Program que no pertenece a la categoría de tipicidad, sino que es determinante para eximir de responsabilidad penal a la persona jurídica.

1.4.2 Carga de la prueba

Si en el anterior apartado me detuve a observar con cierta precisión el objeto de prueba en el proceso penal contra la persona jurídica, no fue simplemente para hacer una ilustración de ello sino para poner en evidencia que sobre quien recaiga la carga de la prueba tiene una labor importante en materia probatoria. Además los requisitos que vimos sobre el Compliance podrían llevar a la conclusión que quien se encuentra en una posición accesible para demostrar todos aquellos puntos es la persona jurídica: el Compliance es un instrumento que tendría que estar implementado dentro de la organización de la persona jurídica, por lo que ella sería el sujeto más indicado para proponer pruebas de descargo por tener una vinculación directa con el objeto de prueba. Esta misma conexión directa podría hacer pensar que la parte acusadora tendría una labor imposible o muy difícil si le correspondiera a ella la carga de la prueba. En efecto, no parecería exagerado pensar que si la persona jurídica, ejerciendo su derecho de defensa como sujeto pasivo, se niega a colaborar con la acusación para que esta pudiera recolectar pruebas, entonces la acusación se encontraría en una posición insalvable: intentar probar los hechos que alega y sus pretensiones a través de medios que pertenecen o están dentro de la organización de la parte acusada. Este aparente problema no tendría solución normativa porque la LECrim no considera el aspecto de a quien le corresponde la

carga de la prueba en estos procesos penales, y el único cuerpo normativo que sí lo hacía no llegó a entrar en vigor¹²⁹.

Para dejar zanjado el tema de a quién le corresponde la carga de la prueba fue determinante la jurisprudencia del TS¹³⁰ que entró a hacer un análisis de los derechos fundamentales de los que era titular una persona jurídica y expresó lo siguiente: "Como ya se dijera en la STS núm. 514/15, de 2 de Septiembre de 2015 , ha de reiterarse que "Esta Sala todavía no ha tenido ocasión de pronunciarse acerca del fundamento de la responsabilidad de los entes colectivos, declarable al amparo del art. 31 bis del CP . Sin embargo, ya se opte por un modelo de responsabilidad por el hecho propio, ya por una fórmula de heterorresponsabilidad parece evidente que cualquier pronunciamiento condenatorio de las personas jurídicas habrá de estar basado en los principios irrenunciables que informan el derecho penal."

De manera que derechos y garantías constitucionales a los que se refieren los motivos examinados en el presente Recurso, como la tutela judicial efectiva, la presunción de inocencia, al Juez legalmente predeterminado, a un proceso con garantías, etc., sin perjuicio de su concreta titularidad y de la desestimación de tales alegaciones en el caso presente, ampararían también a la persona jurídica de igual forma que lo hacen en el caso de las personas físicas cuyas conductas son objeto

¹²⁹ El Anteproyecto del Código Penal de 2013 sí se inclinaba por una posición cuando afirmar que la persona jurídica podía quedar eximida de responsabilidad si ella probaba las condiciones que contemplaba ese proyecto del apartado 2 del artículo 31 bis: "[...] podrá quedar exenta si prueba que...". Frente a esta redacción el Pleno del Consejo de Estado, en la sesión celebrada el día 27 de junio de 2013, emitió, por unanimidad, el dictamen 358/2013 reflejando su posición contraria a que la carga de la prueba recayera sobre la persona jurídica: "3º) Resulta llamativo que un precepto penal prevea expresamente que la exención de responsabilidad se concederá "si se prueba que" concurren ciertas condiciones (primer párrafo del apartado 2), y que solo será de aplicación una atenuante "si las anteriores circunstancias solo pueden ser objeto de una acreditación parcial" (último párrafo del apartado 2). Por una parte, huelga decir que todo hecho de relevancia penal ha de ser objeto de la correspondiente acreditación; en consecuencia, el precepto debería limitarse a indicar que la persona jurídica podrá quedar exenta de responsabilidad penal "si se cumplen las siguientes condiciones:...", en una redacción paralela a la más correcta del apartado 6."

¹³⁰ STS 154/2016 de 29 de febrero.

del procedimiento penal y, en su consecuencia, podrían ser alegados por aquella como tales y denunciadas sus posibles vulneraciones en lo que a ella respecta.”

Queda bastante claro que para el TS los derechos fundamentales procesales que protegen a las persona físicas en un proceso penal también son los mismos para las personas jurídicas y tienen el mismo contenido. La entrada de las personas jurídicas al proceso penal como partes pasivas no supondría un cambio procesal a nivel de derechos y garantías, teniendo que equipararse aquellos de una persona física a una persona jurídica, tal como también lo entiende la doctrina, y en ese sentido se pronuncia Gómez Jara¹³¹. Eso llevaría una implicación importante respecto a la presunción de inocencia y con consecuencias para la carga de la prueba: corresponde a la parte acusadora desvirtuar la presunción de inocencia de la cual goza en su plenitud la persona jurídica por ser titular, sin limitación alguna, de los derechos y garantías procesales. Dicha postura fue confirmada por el TS en su sentencia ya citada 154/2016 en la que argumentó que la presunción de inocencia de la persona jurídica obligaba a la parte acusadora a probar la comisión del hecho de referencia, realizado por alguna de las personas señaladas en el artículo 31 bis, pero también le corresponde a esa parte procesal probar el delito corporativo, es decir un defecto estructural de los mecanismos de prevención que el Código Penal exige a la persona jurídica para poder ser eximida de responsabilidad; y ello supone la obligatoriedad de probar por la parte acusadora que el Compliance de la persona jurídica no cumple con los requisitos del artículo 31 bis del Código Penal, ya que la presunción de inocencia, como lo expone Rodríguez Bahamonde¹³², no libra a la acusación de la necesidad de probar que hubo un incumplimiento grave de los deberes de supervisión en la organización de la persona jurídica.

¹³¹ GÓMEZ JARA DÍEZ, CARLOS. (2019). *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. (pág. 75-76). En Navarra: Editorial Arazandi.

¹³² RODRÍGUEZ BAHAMONDE, ROSA. (2017). *Estatuto jurídico procesal de la persona jurídica como parte pasiva del proceso penal*. En PÉREZ-CRUZ MARTÍN, AGUSTÍN JESÚS (dir.); NEIRA PENA, ANA MARÍA (coord.). *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*. (pág. 126-127). En Pamplona: Editorial Thomson Reuters.

Lo dicho hasta ahora no resolvería el problema de aquellos que afirmarían que, si la parte acusadora debe dar un paso adelante y probar la existencia del hecho de referencia y también la ausencia de control y vigilancia por parte de la persona jurídica entonces la condena de esta entidad sería imposible en la práctica, teniendo en cuenta la dificultad de poder obtener pruebas que están bajo el resguardo o son propiedad de la persona jurídica. Contra esta forma de pensamiento sigo la línea de Gimeno Beviá¹³³ que ilustra en su obra cómo no existe realmente dicha imposibilidad probatoria para la acusación cuando el proceso penal se dirige contra una persona jurídica:

- El primer escenario sería uno en que la persona jurídica tiene implementado un Compliance Program dentro de su organización. Las características de estos programas incentivan y promueven la cooperación de la persona jurídica ante denuncias y cuando se solicita su colaboración en el marco de un proceso (administrativo o penal), porque esa colaboración es la que lleva en última instancia a que se le exima de responsabilidad. Explica Beviá que si una persona jurídica se enfrenta a un proceso penal en el que la lentitud es normalmente la regla general, su interés será salir de esa situación lo antes posible. Evaluando que la postura de espera sólo alargaría el proceso penal y el daño reputacional a la persona jurídica se prolongaría durante este periodo, la entidad buscará de forma activa cooperar con las autoridades y aportar las pruebas que desvirtúen que se produjo una ausencia de control o vigilancia.
- En el segundo escenario se contemplaría una persona jurídica que no cuenta con un Compliance Program, o cuenta con uno deficiente, o no tenga la intención de colaborar con las autoridades en la investigación, o incluso adopte una estrategia defensiva de obstaculización de cualquier pretensión probatoria por parte de la parte acusadora considerando que la falta de pruebas no permitirá probar la existencia del defecto organizativo lo que

¹³³ GIMENO BEVIÁ, JORDI. (2016). *Compliance y Proceso Penal. El proceso penal de las personas jurídicas*. (pág. 296-297). En Pamplona: Editorial Thomson Reuters.

llevará a la consecuente absolución en el proceso penal. Este segundo escenario no sería un problema para la acusación porque una vez probado que se cometió el delito por una de las personas señaladas por el artículo 31 bis ello supondrá un indicio importante del defecto organizativo dentro de la persona jurídica y la falta de control, importancia que sería aún mayor si el delito fue cometido por personas con capacidad de decisión o control. Añade Gimeno que tampoco la acusación se encuentra desamparada de material probatorio, ya que puede solicitar la práctica de pruebas tradicionales para probar la falta de control como la citación en calidad de testigos de trabajadores y directivos (a excepción de aquella persona que tenga la condición de representante especialmente designado como vimos en el apartado 1.2 del presente capítulo). Un gran elemento que puede servir a la acusación es la declaración en calidad de testigo del Compliance Officer, que tiene relación directa con el Compliance Program pero su autonomía lo vuelve en una figura desatada de la persona jurídica. Como último dato ejemplificativo puedo recordar nuevamente que el Compliance comprende, entre otras cosas, una recopilación de códigos de conducta y de procedimientos de decisiones en la organización que si no existen son otro indicio de la falta de control y vigilancia de la persona jurídica. Insisto en que lo aludido anteriormente son sólo fórmulas ejemplificativas de las armas probatorias de las que puede hacer uso la acusación, quien dentro del margen legal que le otorga la normativa puede comprobar la falta de control y vigilancia a través de otros medios que crea pertinentes, y siempre dentro del marco de la legalidad.

Habiendo descartado así cualquier intento de creer que la labor probatoria de la acusación es una imposibilidad práctica, resulta pertinente entrar en acuerdo con la jurisprudencia del TS y la doctrina citada cuando aceptan que la carga de la prueba no sufre ninguna inversión en el caso de personas jurídicas, y corresponde a la acusación desvirtuar la presunción de inocencia de la persona jurídica para así garantizar y salvaguardar los derechos fundamentales que protegen a estas entidades como a las personas físicas. Y desvirtuar la presunción de inocencia de

la persona jurídica consistirá en acreditar que efectivamente se llevó a cabo el hecho de referencia, es decir se produjo una actuación típica; y una vez probado el elemento de tipicidad, la persona jurídica podrá demostrar si su Compliance Program le permite ser eximida o no de responsabilidad penal, lo cual también podrá ser rebatido por la parte acusadora. Pero esta última actividad por parte de la persona jurídica no debe ser entendida como una aportación de prueba contra sí misma, tal como lo explica Jordi Nieva¹³⁴ (quien además es un defensor de la idea de que el derecho de presunción de inocencia también protege, sin limitaciones, a la persona jurídica), sino como una posibilidad que se ofrece a esta entidad para aclarar los hechos acontecidos que pueden exculparla de responsabilidad penal (o atenuarla) y hacer responsables a otras personas físicas.

Con este último aspecto procesal analizado cabe concluir que, el proceso penal contra una persona jurídica no resulta modificado de tal forma que la sustancia de su contenido queda distorsionado e irreconocible en comparación con el caso de una persona física. Este mantenimiento general del recorrido procesal penal para sancionar penalmente a las persona jurídica favorece el argumento de que el castigo de la persona jurídica en la vía penal es una pena; no llega a ser por sí sólo un argumento determinante pero evita un problema sin solución: si el proceso en el que se sanciona a la persona jurídica no puede ser reconocido como uno de naturaleza penal, quedaría totalmente descartada cualquier pretensión de defender la naturaleza de pena del castigo impuesto a la persona jurídica. Evidentemente existen ciertas imprecisiones dentro de la redacción de la LECrim o lagunas que han tenido que ser resueltas por la jurisprudencia, pero ello es la consecuencia de la inexperiencia aún latente respecto a la responsabilidad penal de las personas jurídicas y no una muestra de una imposibilidad de procesar y consecuentemente penar a este tipo de entidades.

¹³⁴ NIEVA FENOLL, JORDI. (2016). *Investigaciones internas de la persona jurídica, derechos fundamentales y valor probatorio*. En *Jueces para la Democracia*. ISSN 1133-0627, nro. 86. (pág. 92). Recuperado de <http://www.juecesdemocracia.es/wp-content/uploads/2017/01/revista-86-julio-2016.pdf>

2. La persona jurídica como ente racional, moral y capaz de ser penada

Como ya analicé en el apartado B. del presente capítulo, la gran crítica a las personas jurídicas es su falta de racionalidad. Para la doctrina que se opone a una teoría del delito y de la pena para la persona jurídica el problema de raíz es la incapacidad de la persona jurídica de ser un ente racional. Otro problema que podría suscitarse para defender la imposibilidad de penar a la persona jurídica es que no se trata de un ser con una aptitud moral. La aparente carencia de estas aptitudes resultaría en una incapacidad de esta entidad para recibir una pena.

Sin embargo, el problema de la racionalidad no es ajena a las personas físicas, ya que a día de hoy no existe un consenso común sobre lo que debe entenderse por racionalidad de las persona naturales. No sólo existen diferentes conceptos de lo que debe entenderse por <<razón>>, sino que además entre estas diferentes concepciones algunas de ellas sí tienen puntos en común y relacionan entre sí, mientras que otras no guardan similitudes e incluso llegan a confrontarse. Carmen Baños Pino¹³⁵ muestra cómo se han erigido a lo largo de la historia estas distintas formas de concebir la razón en función a tendencias y circunstancias concretas: la razón medieval que se entrelazaba mucho con la fe, la razón durante el pensamiento moderno en el que primaba su oposición frente a la experiencia, la razón de la Ilustración que pretendía hacer uso de un pensamiento más crítico-racional por su enfrentamiento con la Iglesia; también explica la autora la diferenciación de la razón en función a su interacción con la realidad, o su entendimiento a partir de aquello que se considera irracional. Frente a esta dispersión de concepciones de la razón y de la racionalidad, Baños propone a su vez otra construcción conceptual de razón o racionalidad más general para englobar las diferentes posiciones que menciona.

Como se puede ver la racionalidad es una construcción teórica que está abierta a críticas, cambios, y modelos diferentes según la posición que tomen sus defensores.

¹³⁵ BAÑOS PINO, CARMEN. (2019). *Acercas de la razón y de la racionalidad humana*. En *El Basilisco: Revista de materialismo filosófico*. ISSN 0210 0088, nro. 52. (pág. 5-17). Recuperado de <http://www.fgbueno.es/bas/bas52a.htm>

No es un concepto estático, único e inmutable. Esta capacidad de moldear una construcción teórica de lo que puede entenderse por racionalidad debería ser el primer paso para poder entender mejor la responsabilidad penal de la persona jurídica. Mantenerse en la línea de negar desde un principio que una persona jurídica es capaz de ser racional, significa cerrar de entrada cualquier posibilidad de construir una teoría de pena para estas personas. Y ya ha quedado apuntado que negar la racionalidad de una persona jurídica no tiene fundamentos claros cuando la propia racionalidad de las personas físicas es objeto de debate. La primera cuestión a la que debe enfrentarse el penalista, cuando el Código Penal acepta la responsabilidad penal de las personas jurídicas, es por lo tanto la construcción de una teoría coherente sobre la racionalidad de estas personas y que permita abrir el camino para construir una teoría de la pena.

2.1 La capacidad de razonar de una persona jurídica

2.1.1 La autonomía de la persona jurídica

Para iniciar esta parte del estudio es interesante recordar, tal como lo expresa José Luis Guzmán Dalbora¹³⁶, que la solución a los problemas que aparecen con la introducción de la responsabilidad penal de la persona jurídica pueden ser resueltos si el análisis que se lleva a cabo hace una inmersión dentro de la rama filosófica-jurídica. Y hacer dicha inmersión exige del penalista cierta flexibilidad para no aferrarse a ideas de realidad material estricta, pero es una exigencia que no puede eludir desde el momento en que el sistema penal acepta la posibilidad de imputar a una persona jurídica.

Guzmán expone tres visiones de cómo se puede ver a un sujeto de Derecho, para intentar explicar cómo podría tener cabida la responsabilidad penal de la persona jurídica y ser coherente con la teoría del delito y de la pena. Para el autor el elemento

¹³⁶ GUZMÁN DALBORA, JOSÉ LUIS. (2014). *Filosofía y política de la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. En MIR PUIG, S.; CORCOY BIDASOLO, M. y GÓMEZ MARTIN, V. (dir.), *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*. (pág. 21-32). En Buenos Aires, Montevideo, Madrid: editorial B de F.

de partida y que define cómo debe concebirse al sujeto de Derecho es su fin, ya que cualquier Derecho determinado considera como sujetos de Derecho a aquellos que son un fin en sí mismos; si la persona jurídica tiene un fin independiente entonces podría ser un sujeto de Derecho. Procedo ahora a analizar cuáles son los tres conceptos que se pueden tener sobre las personas jurídicas según Guzmán:

- Se puede entender que la persona jurídica tiene un fin supraindividual que surge del cúmulo de los fines individuales correspondientes a todos los diferentes individuos que componen a la persona jurídica. La esencia prejurídica de la persona jurídica sería ese fin supraindividual que los individuos se propusieron alcanzar en un primer momento. Pero este concepto reconduce al ser humano como el eje de todo, el fin sería en último término humano (al provenir de individuos) y la transindividualidad de la persona jurídica sería una simple ficción. La consecuencia de que el fin supraindividual resulte de la suma de los fines de las personas físicas es que la persona jurídica no podría responder penalmente, o si se decidiera que debe ser responsable entonces se trataría de una responsabilidad dependiente de aquella de las personas naturales. Por lo tanto, ni habría una acción propia de la persona jurídica, ni una culpabilidad autónoma, siendo exclusivos estos elementos de los individuos. Podrían aplicarse de cierta forma las sanciones penales pero de ninguna forma podría hablarse de una teoría del delito o de la pena de la persona jurídica.
- La segunda forma de entender a la persona jurídica sería, no como un cúmulo de los fines individuales de cada uno de sus miembros orgánicos, como una entidad con fines colectivos que trascendería dicha suma de fines individuales. En este caso estaríamos ante valores colectivos que se interesarían por la búsqueda de poder, dejando el aspecto humano de lado; y sí se podría hablar de una responsabilidad independiente de aquellas de las personas físicas. Pero el autor entiende que el problema de esta concepción sobre la persona jurídica entra en una contradicción: al ser la persona jurídica una agrupación de individuos ellos, por su propia naturaleza

de personas físicas, no podrían ser consideradas como simples partes de un todo; y la estructura de la persona jurídica tampoco podría llegar a convertirse en un verdadero organismo. Esta problemática provocará a su vez que, las teorías del delito y de la pena que se construyan para la persona jurídica serán unas construcciones híbridas que deberán usar conceptos y elementos de las teorías sobre la responsabilidad penal de las personas físicas. Al no construir unas teorías penales propias, lo que realmente se haría en el caso de las personas jurídicas sería tomar prestada la teoría tradicional y deformarla en algo que ni llegaría a ser una teoría propiamente dicha, ni sería una copia aplicable al caso de estas entidades.

- El último concepto que maneja Guzmán, es el de una persona jurídica con fines transpersonales y objetivos. Es decir, el fin de la persona jurídica no es un producto ni de los individuos que las conforman ni de ella misma; se trata de un resultado de una actividad con mira a durar a lo largo del tiempo de forma indefinida. Esta visión haría de la persona jurídica una entidad desprovista de las cualidades subjetivas propias de los sujetos individuales, enfocándose únicamente en la actividad que lleva a cabo la persona jurídica quien respondería únicamente en relación con dicha actividad (aquí la responsabilidad penal de la persona física está separada y diferenciada de la de la persona jurídica); y los individuos también estarían sometidos a esta visión transpersonalista, siendo sujetos sólo porque son unos elementos más de la sociedad. Así se eliminarían los problemas de la acción, que pertenecería únicamente a la persona jurídica (ya que la persona física no es nada más que un componente de un aparato social), y los de culpabilidad, porque el Derecho transpersonal sólo se interesa por lo objetivo, descartando así elementos como el dolo o la culpa.

Como se puede ver la primera propuesta no aporta ninguna solución a nuestro interés de buscar cómo una persona jurídica puede ser entendida como un ser razonable; en todo caso, el primer concepto de Guzmán es una base de apoyo para aquellos que rechazan la posibilidad de responsabilizar penalmente a las personas

jurídicas. La tercera opción parte de nociones que a día de hoy están descartadas por los ordenamientos jurídicos y las Constituciones de Estados democráticos y de Derecho, como el concebir una responsabilidad penal puramente objetiva. A mi parecer el segundo concepto comienza por buen camino al considerar a la persona jurídica como algo más que una suma de intereses individuales, y es a partir de aquí que debe comenzar la construcción de la razonabilidad de la persona jurídica.

Una explicación sobre la capacidad de razonar de las persona jurídicas fue elaborada por Sylvia Rich¹³⁷, quien inicia la construcción de su razonamiento entendiendo, como en la segunda visión explicada por Guzmán, que la persona no es una simple suma de los individuos dentro de su estructura ni de sus fines individuales. Para comenzar su explicación, Rich reagrupa en su obra varias explicaciones de otros autores como Christian List, Philip Pettit, Margaret Gilbert, Peter French y Gunther Teubner para mostrar cómo persona jurídica puede actuar de forma independiente y autónoma en relación con las personas físicas que se reagrupan dentro de su organización.

Siguiendo la teoría del dilema discursivo de List y Pettit¹³⁸, Rich rescata que las decisiones que una persona física puede adoptar de forma individual serán diferentes si las toma dentro de la organización de una persona jurídica. El dilema discursivo se ejemplifica a través de un hipotético escenario en el que una persona jurídica tiene 3 socios que deben decidir sobre 3 propuestas diferentes: la decisión de adoptar o no las 3 propuestas resulta de un voto de los 3 socios sobre cada una de las propuestas, y al finalizar dicha votación el resultado obtenido (de acuerdo a las mayorías obtenidas) no coincide con ninguna de la votación individual de cada socio y sin embargo constituye la forma en la que procederá la persona jurídica, una acción autónoma y diferente de lo que cada una de las personas físicas dentro de ella haría si actuara por su cuenta.

¹³⁷ RICH, SYLVIA. (2016). *The Moral Agency of Corporations and its Implications for Criminal Law Theory*. (pág. 20-34). En Oxford: Oxford University Press.

¹³⁸ LIST, CHRISTIAN; PETTIT PHILIP. (2011). *Group Agency: The Possibility, Design and Status of Corporate Agents*. (pág. 46). En Oxford: Oxford University Press.

La propuesta de Margarte Gilbert¹³⁹, que toma prestado Rich en su estudio, consiste en la observación de que los individuos incorporan actuaciones (que también conllevan a su vez la incorporación de ciertos derechos y obligaciones) dentro de su comportamiento en función a su integración dentro de un grupo cuando este último persigue un fin particular; esas actuaciones que incorporan no son propias de las personas físicas si actuaran de forma individual y sólo cobran sentido si se entienden a partir de su integración dentro del grupo en el que participan. Por lo tanto no será el comportamiento habitual y corriente el de una persona física si actúa dentro de un grupo, y si ese grupo perdura en el tiempo por los objetivos que quiere alcanzar entonces se puede hablar de la creación de un criterio de identidad que no consistiría en un simple cúmulo de las intenciones de los participantes del grupo.

La postura de Peter French¹⁴⁰, de la que hace uso Rich para su explicación, se llama << la Decisión Interna Corporativa>> (de ahora en adelante DIC). La DIC está comprendida de dos elementos: por un lado el poder corporativo de la persona jurídica, es decir, la determinación de quién tiene poder sobre quién dentro de la persona jurídica; por otro lado estaría la política corporativa que consiste en una serie de reglas, tanto escritas como verbales, formales o informales, que establecen la toma de decisión dentro de la organización de la persona jurídica. La combinación de los dos elementos de la DIC tendría resultaría en una lógica de la estructura de la persona jurídica que explicaría cómo las acciones de las personas jurídicas no son un simple proceso piramidal, originadas en los administradores que están en la cúspide y que acabarían en el trabajo operativo de un empleado que se encuentra al fondo de la cadena de mando, sino un proceso de interconexión que une a todas las personas físicas dentro de la persona física y los compele a llevar a cabo las tareas que tienen designadas.

¹³⁹ GILBERT, MARGARET. (2006). *A Theory of Political Obligation: Membership, Commitment, and the Bonds of Society*. (pág. 103). En Oxford: Oxford University Press.

¹⁴⁰ FRENCH, PETER. (1979). *The Corporation as a moral person*. American Philosophical Quarterly, núm. 3. (pág. 207-215). En Illinois: University of Illinois Press on behalf of North American Philosophical Publications. Recuperado de <http://www.sci.brooklyn.cuny.edu/~schopra/Persons/French.pdf>

Finalmente el argumento de Gunther Teubner que utiliza Rich consiste en afirmar que la persona jurídica contiene un sistema comunicativo autónomo en el que las personas físicas sólo tienen el rol de ser unos simples componentes de aquel aparato complejo. Según esta teoría la persona jurídica no puede ser reducida al comportamiento individual de las personas físicas porque tiene una conexión cíclica de identidad y acción, que hace de esta entidad un organismo independiente tanto del entorno exterior como de los propios miembros que la componen. Lo esencial de la persona jurídica no reside en los individuos que la integran ni mucho menos en los recursos económicos que posee, sino en su forma de reconstruir legalmente un sistema de acción colectivo.

Con la recapitulación de estos cuatro argumentos descritos por Rich ya se puede atisbar que existen comportamientos de individuos dentro de la estructura de una persona jurídica, que no podrían producirse si pertenecerían únicamente a su esfera individual. Y no sólo son ciertas formas determinadas de comportamientos, sino el pensamiento de las propias personas individuales no es el mismo si se encuentran dentro de la organización de una persona jurídica o si se hallan solas y por su propia cuenta. La consecución de ciertos objetivos o la realización de una actividad dentro del marco una actividad grupal como el de la persona jurídica sólo se pueden entender y tienen sentido cuando se entiende que el punto de partida y el origen de todos ellos es la propia persona jurídica; ello no quiere decir que el aceptar la autonomía de esta entidad signifique aceptar que dentro del mundo exterior aparece repentinamente un cuerpo material que pertenece a dicha entidad, sino que consiste en aceptar que la estructura y organización de la persona jurídica es distinta de la de los individuos que la componen aunque no se pueda hablar de una mente o <<espíritu>> en el sentido corriente.

Por lo tanto habría que comprobar cómo se plasma dicha autonomía de la persona jurídica en el mundo exterior. Pettit y List¹⁴¹ configuraron una lista de requisitos que, de ser cumplidos, verificarían la existencia de autonomía de una persona jurídica:

¹⁴¹ LIST, CHRISTIAN; PETTIT PHILIP. (2011). *Group Agency: The Possibility, Design and Status of Corporate Agents*. (pág. 32). En Oxford: Oxford University Press.

debe poseer unos <<estados representativos>>, que consistiría en la capacidad de desarrollar visiones propias sobre el mundo; poseer <<estados motivacionales>>, que serían unas aspiraciones concretas; poder actuar de tal forma que pueda alcanzar sus aspiraciones en función y en coherencia con la visión que tiene del mundo. Sin embargo la racionalidad pide algo más que la actuación autónoma de un colectivo, Rich¹⁴² entiende que la racionalidad sólo puede existir si hay una unidad racional por parte de la organización de la persona jurídica que persiste a lo largo del tiempo.

2.1.2 Racionalidad de la persona jurídica

El punto de partida para poder hablar de racionalidad de la persona jurídica es el <<dilema discursivo>> de Pettit y List al que hice referencia previamente. Con el modelo ejemplificativo que proponen estos dos autores el origen de la racionalidad estaría en la toma de decisiones dentro de la organización de la persona jurídica cuando ante ella se presentan <<dilemas discursivos>>.

En un estudio diferente¹⁴³ Pettit explica que un ente colectivo, que persigue una idea o tiene un objetivo, siempre tendrá que encarar una serie de dilemas discursivos a lo largo del tiempo. Debido a la naturaleza del colectivo que persigue un objetivo, cotidianamente se le presentarán situaciones en las que deberán coordinar sus acciones en relación con el objetivo que persigue y, en consecuencia, establecer un juicio sobre cómo debe proceder el colectivo tomando en cuenta las variables de la realidad que lo rodea. El alcanzar dicho objetivo obligará a iniciar discusiones y deliberaciones para determinar cuál es el juicio que adoptará el colectivo, y así se creará un historial de juicios respaldados por el colectivo. El historial de decisiones que tomó el colectivo a lo largo del tiempo marcará el camino de las nuevas decisiones que deban tomarse en el futuro en nuevos casos. Y a partir de este punto aparecerán los dilemas discursivos a los que tendrá que enfrentarse el colectivo: a

¹⁴² Vid. Supra 137.

¹⁴³ PETTIT, PHILIP. (2002). *Collective Persons and Powers*. Legal Theory 8. (pág. 451-454). En New York: Cambridge University Press.

lo largo que pase el tiempo, el colectivo deberá encarar una serie de temas racionalmente conectados (dicha conexión se deberá al objetivo que se persigue) y deberá decir sobre si maximiza los puntos de vista individuales de sus miembros o si maximiza la racionalidad colectiva. Estas cuatro fases muestran cómo se originan y posteriormente se desarrollan los <<dilemas discursivos>> en la organización de una persona jurídica. Una vez que la persona jurídica tiene que encarar este tipo de dilemas se crea una presión para que comience a actuar racionalmente, tal y como lo explica Pettit:

- La persona jurídica no puede ser un promotor efectivo o creíble de su objetivo si adopta comportamientos incoherentes o inconsistentes a lo largo del tiempo; en efecto, las acciones que resultaren de juicios o posturas contradictorias o incoherentes serían la muestra de que la persona jurídica no avanza para conseguir la meta que tiene propuesta.
- La persona jurídica debe ser por lo tanto un promotor efectivo del objetivo que persigue y debe presentarse ante el mundo exterior como dicho promotor efectivo de su objetivo; el no hacerlo supondría perder el control que ejerce entre sus miembros y perder respeto frente a personas externas.
- La persona jurídica se ve obligada a colectivizar el uso de la razón, a alcanzar y llevar a cabo juicios colectivos que deberán ser consistentes y coherentes a lo largo del tiempo.

Es cierto que todavía no he formulado ningún argumento mostrando cómo puede la persona jurídica ser un ente razonable, pero acabo de mostrar que este tipo de entidades no sólo pueden ser razonables sino que también, por su propia naturaleza de entes colectivos en el que sus miembros persiguen un mismo objetivo, tienen la necesidad y se ven obligadas a colectivizar la razón. Para determinar la forma en que una persona jurídica puede razonar Pettit ofrece ciertas pautas. El autor insiste en que la persona jurídica no puede pretender alcanzar su objetivo, si trata de desarrollar el razonamiento a través de los juicios y posiciones que adopte, si en el

camino descarta o ignora los juicios que adoptó en el pasado; el no permitir que las decisiones del pasado marquen el sentido de las decisiones que vayan a tomarse en el futuro haría de la persona jurídica una entidad inconsistente que no puede ser tomada en serio. La persona jurídica, en su calidad de ente colectivo que persigue una meta, debe evitar en lo posible revisar y desvincularse de los compromisos o juicios que adoptó en el pasado, y debe mostrar que esos compromisos o juicios tienen una importancia lo suficientemente grande como para crear una expectativa de que guiarán las futuras actuaciones de la persona jurídica. Otro de las pautas sobre el modo de razonar que puede tener la persona jurídica la explican Pettit y List¹⁴⁴ cuando ejemplifican su hipótesis del <<dilema discursivo>>: si una persona jurídica al momento de decidir sobre las posibilidades de acción que puede llevar a cabo, separa y considera cada uno de sus asuntos de forma independiente del resto de los otros temas, entonces su proceder será incompleto y su comportamiento podría resultar irracional; los asuntos sobre los que debe decidir la persona jurídica deben ser tratados de forma conjunta, porque resaltar la conexión que existe entre ellos, valorar su importancia, en función a la subordinación de unos temas frente a otros, y establecer una deliberación global sobre los temas, es lo que distingue a un ente racional que llega a conclusiones racionales.

La conclusión que se puede obtener de las pautas de List y Pettit es que el eje del razonamiento de una persona jurídica será la consistencia de sus actuaciones a lo largo del tiempo, en función a los dilemas que se le presenten, siempre y cuando mantenga un análisis global y comparado de dichos dilemas. Sin embargo estas características podrían revestirlas otro tipo de entidades sin ningún tipo de relación con la persona jurídica y a las cuales no procedería darles la cualidad de seres razonables a los efectos que interesan al sistema penal¹⁴⁵. Recordando que la

¹⁴⁴ LIST, CHRISTIAN; PETTIT, PHILIP. (2011). *Group Agency: The Possibility, Design and Status of Corporate Agents*. (pág. 56) En Oxford: Oxford University Press.

¹⁴⁵ Podría ser por ejemplo el caso de ordenadores cuya programación trata las variables que se le introduzcan de forma conjunta, respetando y siguiendo la lógica de sus conclusiones pasadas. En este ejemplo el ordenador procesa los dilemas que se le presentan de la misma forma que un ente colectivo, tal y como lo requieren Pettit y List, pero en ningún caso ello podría dar paso a una aceptación de la capacidad de razonar que abra un camino de imputabilidad penal.

conclusión principal de Margaret Gilbert es que los individuos dentro la organización de la persona jurídica adoptan comportamientos que sólo tienen sentido dentro de esa organización y que crean una identidad diferenciada, y que según French cada persona jurídica posee una DIC que se basa en el poder corporativo dentro de la persona jurídica y en la política corporativa, entonces puedo completar y ofrecer una construcción de la posibilidad de razonar por parte de la persona jurídica que permita dar sentido a su posibilidad de ser castigada por una pena del Código Penal: la capacidad de razonar de la persona jurídica se refleja a través de un proceso interno, coherente y consistente, para la adopción de juicios y posturas sobre determinados temas, que esta entidad ha adoptado desde su constitución y que ha ido perfeccionando a lo largo del tiempo, en el que existe un balance entre el poder corporativo, que define las posiciones de autoridad dentro de su estructura, y la política corporativa, que rige y dicta los procedimientos de toma de decisiones en todos los niveles dentro de su estructura jerárquica, y que deriva en actuaciones de sus miembros individuales que sólo cobran sentido como parte de una actividad colectiva general, y que son ajenas a los intereses y opiniones íntimamente personales que puedan tener dichos miembros.

Como dije al principio de este apartado, he intentado construir una propuesta sobre cómo podría entenderse que razona una persona jurídica. Con ello no pretendo cerrar el debate con aquellos que niegan cualquier capacidad de razonamiento a la persona jurídica, pero muestro que existen argumentos para sostener lo contrario y que además, a mi entender, favorece al desarrollo de la teoría de la pena para que pueda adaptarse a la responsabilidad penal de las personas jurídica y así no entrar en contradicción o carecer de sentido cuando el Código Penal permite declarar responsables penales a estas personas. Tampoco pretendo con la propuesta que expuse sobre la capacidad de razonar de las personas jurídicas dar una respuesta definitiva sobre el proceder de esta forma de razonamiento; como con cualquier propuesta sobre lo que debe entenderse por racionalidad, la que acabo de exponer está abierta a críticas y mejoras (la crítica y el debate abierto a día de hoy sobre la racionalidad humana, que mencionamos brevemente al principio de este apartado 2, es prueba de esta continua discusión).

Por otra parte, el interés de intentar dar una propuesta de racionalidad de las personas jurídicas es rebatir la postura que niega de forma categórica que estas entidades sean capaces de razonar, y que se usa como argumento referente por parte de quienes critican la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas y su capacidad para ser penadas. Como pude explicar, hay una doctrina (autores del common law) que continúa desarrollando la construcción teórica sobre la posibilidad de razonamiento propio y autónomo de la persona jurídica y, si bien su argumentación aún sigue siendo revisada y corregida, ello permite armonizar la teoría de la pena con la posibilidad de imponer una pena a una persona moral; esta armonización es a lo que debe apuntar la doctrina penal si quiere dotar de sentido y lógica a un Código Penal que no parece que vaya retroceder en la posibilidad de hacer responsables a las personas jurídicas.

2.2 La persona jurídica como ente moral

El hecho de poder construir una teoría sobre la capacidad de razonar de una persona jurídica no elimina todas las críticas que se puede hacer a la posibilidad de castigar penalmente a estas personas. La norma penal es una norma de determinación de la conducta, por lo tanto para que sus destinatarios puedan interiorizarla deben poseer aparte de la capacidad de racionar, una capacidad de autoconsciencia como lo señala Víctor Gómez¹⁴⁶ cuando plantea su crítica sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Entiendo que esta capacidad de consciencia no es otra cosa que la aptitud moral de una persona; es decir, la aptitud para valorar moralmente su actuación en función a lo que dispone la normativa penal. En efecto, las personas físicas pueden valorar si sus actos son <<buenos o malos>> en función a la normativa penal que los rige, y esta consideración moral que hacen sobre los actos que finalmente llevan a cabo son lo que interesan al derecho penal. Y por ello es entendible la posición de Gomez cuando exige esta

¹⁴⁶ Vid. Supra 74.

capacidad moral para poder ser destinatario de la norma penal, pero también para poder ser eventualmente castigado con una pena.

La cuestión de la aptitud moral de las personas jurídicas también fue tratada por Sylvia Rich¹⁴⁷ y seguiré usando como punto de referencia su estudio para esta parte del trabajo porque coincidimos con ella sobre un punto que explicaré a continuación. Rich distingue dos formas de tratar el tema de la moralidad de las personas jurídicas; la primera opción es seguir a quienes defienden que la racionalidad y la moralidad son aptitudes interconectadas, o mejor dicho, la moralidad puede ser supuesta de un ente que es racional porque quien puede razonar también podrá comprender y evaluar asuntos morales; la segunda opción es tratar la moralidad y la racionalidad de forma separada, dando a cada uno su propio contenido material. Dije que coincido con Rich porque ella entiende que al hablar de la posibilidad de que una persona jurídica sea moral estamos entrando en un campo altamente criticado y cuya defensa no puede reducirse al simple alegato de que la moralidad es una aptitud derivada de quien puede ser racional. Además la defensa de correlación entre la racionalidad y la moralidad sufre de tres falencias en su argumentación: no llega a explicar en detalle lo que debe entenderse por un juicio moral porque ello pasa a un segundo plano al ser una cualidad derivada de la moralidad; la conexión entre las dos aptitudes la deja vulnerable ante aquellos que niegan la moralidad de la persona jurídica usando argumentos que se centran en plantear obstáculos a la afirmación de la existencia de dicha capacidad moral que no pueden ser refutados desde la perspectiva de la racionalidad; no explica o simplemente no tiene en cuenta que una persona puede tomar decisiones racionales sobre asuntos morales, pero no hacer ningún juicio moral propio sobre esos asuntos. Si ello no fuera suficiente también vi en el anterior apartado que si bien es posible hablar de racionalidad de una persona jurídica, dicha racionalidad no es la misma que la de una persona física; el argumento de quienes consideran que la aptitud de ser racional es suficiente para tener capacidad moral se basa en un concepto de racionalidad

¹⁴⁷ RICH, SYLVIA. (2016). *The Moral Agency of Corporations and its Implications for Criminal Law Theory*. (pág. 47-87). Universidad de Oxford. En Oxford: Oxford University Press.

humana, no en la de una persona jurídica, por lo que decantarse por este camino conlleva un error esencial desde el inicio. En consecuencia, es aconsejable estudiar de forma separada y detallada cómo puede una persona jurídica ser un ente moral, y explicar en qué consiste dicha moral. Habiendo aclarado que es mejor estudiar la moralidad de la persona jurídica como una aptitud que no deriva de la racionalidad, ello no quiere decir que entre ambas no haya una relación. Como lo explica Rich, la racionalidad es un componente de la moralidad pero no puede identificarse por completo con ella. La racionalidad es la que permite abrir las puertas a la moralidad: un ser racional puede ser considerado, a partir de su racionalidad, como un ente moral por lo tanto el tener capacidad racional es uno de los requisitos para poder tener la capacidad de ser una persona moral.

El primer paso para hablar de la moralidad de las personas jurídicas es indicar que esta moralidad tiene un concepto amplio y más general que en el caso de las personas físicas. Recalcar esto es importante porque los defensores de un concepto restringido de la moral no aceptan que esta cualidad pueda poseerla una persona jurídica. El problema de esta forma de concebir la moral es que hace una equiparación con el caso de una persona física. El error radicaría en confundir el concepto de personalidad moral con el concepto de humanidad; en efecto, quienes niegan la posibilidad a la persona jurídica de ser un ente moral lo hacen reivindicando que la personalidad moral forma parte de la humanidad, cuando la personalidad y la humanidad son dos nociones diferenciadas.

La autora apunta que un argumento, derivado del mal manejo y distinción entre personalidad y humanidad, es la imposibilidad de una persona jurídica de poseer moral porque carece de emociones y son las emociones las que fomentan una actuación moral. Bajo esa defensa se escudan autores como Deborah Tollefsen¹⁴⁸ que explica su posición en tres puntos: la capacidad moral requiere afectividad, una persona jurídica no posee afectividad, la falta de afectividad no le permite a la

¹⁴⁸ TOLLEFSEN DEBORAH. (2008). *Affectivity, moral agency and corporate-human relations*. Philosophy and Law, Vol. 7, núm. 2. En Memphis: APA Newsletter. Recuperado de: <https://cdn.ymaws.com/www.apaonline.org/resource/collection/305C30F7-608F-411F-9CFA-BE03BEBCE990/v07n2Law.pdf>

persona jurídica tener capacidad moral. Por otra parte también está el argumento que las personas jurídicas no pueden ser entes morales porque su organización y estructura están construidas para cumplir un objetivo, y ese objetivo responde a intereses de eficacia y ganancia en los negocios, en la que la moral no estaría involucrada en ningún aspecto. Por lo tanto las actuaciones emanadas de una persona jurídica serían de naturaleza únicamente financiera y no moral; incluso si los individuos dentro de la organización son personales morales ello no tendría relevancia alguna porque los comportamientos de estos individuos se alienarían al interés financiero de la persona jurídica, impidiendo de esa forma que sus actuaciones pudieran reflejar cualquier rastro de moralidad.

Como acertadamente explica Rich, el segundo argumento contra la posibilidad de las personas jurídicas de poseer capacidad moral tiene el inconveniente de asumir, sin explicación alguna, que la orientación de una persona jurídica a alcanzar un objetivo esté despojada de cualquier sentido moral. El que la persona jurídica persiga un objetivo no implica que para alcanzarlo deba carecer de cualquier aptitud moral, o que la moral y la consecución de un objetivo, por muy financiero que sea, sean figuras incompatibles. Las decisiones que se toman dentro de la organización de la persona jurídica, en cualquier nivel, son adoptadas por personas morales que al ejecutar sus actividades realizan una valoración moral, por lo tanto cuando esas actividades y decisiones son adoptadas en el seno de una persona jurídica, y en consecuencia por la persona jurídica, se tratan de actividades que han sido provistas de una dimensión moral. La cuestión es explicar cómo se podría llevar a cabo ese traspaso moral desde el individuo a la persona jurídica.

En el anterior apartado expliqué que, de acuerdo a Peter French¹⁴⁹, cada persona jurídica posee una DIC. Esta DIC es la que dictamina cómo y quién realiza ciertas actividades o toma ciertas decisiones dentro de la organización de la persona jurídica; dichas actuaciones o decisiones cuando se ejecutan dentro del marco de la DIC dejan de ser propias del individuo y pasan a pertenecer a la persona jurídica. Pero esas actuaciones o decisiones no fueron despojadas de una previa o

¹⁴⁹ Vid. Supra 140.

simultánea valoración moral porque la persona, que las llevó a cabo, realizó dicha valoración moral en función a las relaciones de poder, establecidas en la estructura de la persona jurídica, y a los procedimientos de toma de decisiones. De esta forma la actuación del individuo será especial y diferente si la lleva a cabo dentro del marco de una DIC de una persona jurídica o si la lleva a cabo dentro de su esfera personal, y por lo tanto también será diferente la valoración moral que haga en calidad de agente de una persona jurídica. La valoración moral que hace una persona cuando actúa en el seno de una persona jurídica no es la misma que aquella que podría hacer si actuara de forma individual y ajena a la persona jurídica; y si las circunstancias de la estructura y organización de la persona jurídica condicionan profundamente la valoración moral de un individuo entonces podemos considerar que se trata en última instancia de una valoración moral de la persona jurídica. Esta forma de transmisión de la valoración moral a la persona jurídica sería igualmente aplicable respecto a las emociones según Rich; es decir, las emociones que surgen dentro de un individuo que actúa dentro de la estructura de la persona jurídica son emociones atribuibles a esta última porque se producen a consecuencia de estar dentro del seno de su organización y sólo cobran sentido a partir de la sujeción del individuo a la DIC de la persona jurídica.

Sobre esta forma de valoración moral (y capacidad emocional) de la persona jurídica hay que hacer ciertas precisiones. Lo primero a destacar es que el rango sobre lo que puede valorar moralmente una persona jurídica estaría delimitado por la valoración que realiza el individuo dentro de su organización en función al objetivo socio económico que persigue la persona jurídica. Por ello resultaría entendible que una persona jurídica no puede ser el origen de la producción de una valoración moral pero sí puede adquirirla. Lo siguiente a destacar es que para que se produzca esta capacidad moral de la persona jurídica es suficiente con que un individuo dentro de su organización la produzca para que aquella entidad la adquiera posteriormente, porque la propia DIC de la persona jurídica tendría reglas de conversiones para transformar y hacer suya la valoración moral de una persona física siempre y cuando esté relacionada con la esfera socio económica en la que

opera dicha persona jurídica¹⁵⁰. Por lo tanto no será necesario que un grupo de miembros individuales de la persona jurídica lleven a cabo la misma valoración moral para que esta última pueda hacerla, sólo bastaría que la hiciera un individuo; sin embargo mientras más integrantes de la persona jurídica compartan y proyecten la misma valoración moral, más fácil será atribuir a la persona jurídica cuál fue su posición moral al momento de llevar a cabo una actuación o tomar una decisión. También hay que resaltar que aquellas valoraciones morales de los individuos que no tengan ninguna relación o relevancia respecto al objetivo que persigue la persona jurídica y a sus dimensiones socio económicas no le pueden ser atribuibles, porque serían únicas y exclusivas del ámbito personal del individuo en cuestión. Y por último, haciendo una comparación análoga con el trabajo de Ludwig Wittgenstein¹⁵¹ sobre lenguaje privativo, sólo podrán ser valoraciones morales de la persona jurídica aquellas que fueron exteriorizadas, de forma corporativamente relevante, por los individuos de su organización, porque ningún estado subjetivo puede llegar a ser real si no se exterioriza y es compartido con otros, pues sólo así puede transformarse en una realidad social; la persona jurídica no puede adquirir esta capacidad moral si no fue expresada por uno de sus miembros de forma relevante dentro de la organización.

Como sucede en el caso de la capacidad de razonar de la persona jurídica, también su capacidad moral tiene claras diferencias con el de una persona física, pero ello no impide que pueda considerarse que estas entidades puedan adquirir dicha capacidad. E igualmente se trata de una propuesta abierta a modificaciones, mejoras o incluso alternativas, sobretodo en la propuesta presentada sobre la forma en que la persona jurídica llega a adquirir su habilidad para hacer valoraciones morales. Y si se acepta que la persona jurídica posee tanto la capacidad de razonar como de poseer una moral, en las condiciones que propuse, entonces se eliminarían

¹⁵⁰ FRENCH, PETER. (1979). *The Corporation as a moral person*. American Philosophical Quarterly, núm. 3. (pág. 214). En Illinois: University of Illinois Press on behalf of North American Philosophical Publications. Recuperado de <http://www.sci.brooklyn.cuny.edu/~schopra/Persons/French.pdf>

¹⁵¹ WITTGENSTEIN, LUDWIG. (1951). *Philosophical Investigations* (traducción al inglés de G.E.M Anscombe). (pág. 100). En Oxford: Editorial Basil Blackwell.

los obstáculos a los que hice mención para oponerse a la posibilidad de imponer una pena a la persona jurídica.

CAPÍTULO III. LA RELACIÓN Y DIFERENCIACIÓN ENTRE LA PENA Y LA SANCIÓN ADMINISTRATIVA PARA LA PERSONA JURÍDICA

Se ha considerado tradicionalmente que la corrección del comportamiento social se hace a través de un castigo. Y son los poderes del Estado quienes pueden imponer este castigo a través de procedimientos diferenciados. Se trata de la pena y la sanción administrativa. La gran discusión que existe actualmente sobre estas dos formas de castigo consiste en determinar si realmente existe una diferencia cualitativa entre ambas o bien, si se trata de castigos cuyas diferencias son tan insignificantes que existiría una verdadera identidad entre ellas. A ello se suman las voces doctrinales, que comenté anteriormente, que equiparan la sanción penal de la persona jurídica a una sanción administrativa. Para adentrarme en el análisis de la naturaleza de la sanción penal para la persona jurídica es necesario, por lo tanto, pasar por un estudio comparativo entre dicha sanción y la figura de la sanción administrativa para determinar si efectivamente son iguales y tienen la misma naturaleza o no.

Lo primero que se puede remarcar es que la discusión no se hace únicamente respecto a la pena que puede imponerse a las personas jurídicas, sino respecto a la pena en general (tanto para las personas físicas como para las personas jurídicas). Pero he visto que las personas jurídicas, con sus particularidades y distinciones, tienen las aptitudes necesarias para recibir una pena. Por lo tanto para esta parte del trabajo sólo sería suficiente un estudio comparativo y analítico entre la pena en sentido general y la sanción administrativa para determinar la existencia o no de una diferencia cualitativa entre ambas, y el resultado de dicho estudio también sería válido para el caso de la pena de las personas jurídicas. Sin embargo, en el presente capítulo el análisis también tendrá en cuenta las particularidades de la pena de las personas jurídicas para realizar la comparación analítica con las sanciones administrativas; esto es necesario debido a la tendencia, anteriormente expuesta, que existe entre la doctrina (que critica la introducción de la

responsabilidad penal de las personas jurídicas) de categorizar como una sanción administrativa a la pena para la personas jurídicas.¹⁵²

El estudio que se llevará cabo en el presente capítulo se enfocará en analizar, de forma separada, la posición que defiende una igualdad entre la pena y la sanción administrativa y la posición que argumenta que sí existe una diferencia entre aquellas dos. De esta forma pretendo llegar a una conclusión independiente en base a los argumentos y contra argumentos que defienden cada una de las dos posturas. Puedo adelantar que en esta tesis nos decantamos por la segunda postura.

También es importante recordar que para realizar un estudio comparativo entre dos instituciones como la pena para la persona jurídica y la sanción administrativa, deberemos pasar por el estudio de ciertas cuestiones básicas, como los principios que se aplican tanto en el derecho administrativo como en el derecho penal. Centrarme en estos puntos no es una cuestión ajena al objeto de estudio de la presente tesis, sino que me permitirá observar detalles diferenciales que existen en uno y otro ámbito. Esas diferencias son las que podrían determinar una separación de naturaleza y contenido sustancial entre ambas instituciones, y que a su vez determinan los diferentes fines que pueden llegar a perseguir cada una.

A. La defensa de identidad entre pena y sanción administrativa

1. La aproximación entre la pena clásica y la sanción administrativa

La primera postura estudiada será la que defiende una igualdad material entre la pena clásica y la sanción administrativa.

Uno de los autores de referencia de esta posición es Bajo Fernandez. Efectivamente para este autor, la premisa principal y general es que la diferencia

¹⁵² Por esta posición se inclinan los autores, afirmando que hubiera sido más acertado por parte del legislador español en calificar a la pena de la persona jurídica como una sanción administrativa. CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU. y GÓMEZ MARTIN, VICTOR. (2014). *Prólogo*. En MIR PUIG, SANTIAGO.; CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU. y GÓMEZ MARTIN, VICTOR. (dir.), Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal (pág. IX a XXVI). En Buenos Aires, Montevideo, Madrid: editorial B de F.

entre pena y sanción administrativa es como mucho cuantitativa. El contenido material de cada una de estas formas de castigo sería el mismo. Pero para llegar a esta conclusión se parte de una idea previa: el injusto penal y el injusto administrativo no son distintos sustancialmente.¹⁵³ Aunque esta sea la idea inicial que considera Bajo, es consciente de que sustentar y fundamentar la igualdad entre injusto penal e injusto administrativo y hacer lo mismo con la pena y la sanción administrativa debe realizarse de forma separada e independiente.

En lo que respecta a su defensa de la igualdad entre la pena y la sanción administrativa, el autor entiende que la diferencia que se hace entre uno u otro castigo proviene en primer lugar de un simple tratamiento diferenciado por parte del Código Penal; es decir, la pena es considerada como tal porque así lo establece el Código Penal. Llega a afirmar que la diferencia es formal y ni siquiera podría considerarse que exista una diferencia cuantitativa.¹⁵⁴ Los rasgos que comparten ambas instituciones son variados y aquellos que más destacan son: su eficacia, su proporcionalidad, ambas son disuasorias, son represivo-punitivas, se rigen bajo principios comunes con el derecho penal.

1.1 Los baremos de comparación para determinar la naturaleza de una sanción

Para poder tener una base de comparación analítica más sólida, el autor propone utilizar unos baremos. Con esto pretende objetivar su estudio y posteriormente sus conclusiones.

¹⁵³ BAJO FERNANDEZ, MIGUEL. (2008). *Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal*. *Indret*, 3 (pág. 2).

¹⁵⁴ Sobre este punto hace mención a la idea de diferencia formal cuando argumenta su posición sobre la igualdad de injusto penal y administrativo, sin embargo aunque no lo reconozca expresamente mantiene la misma postura sobre la pena y la sanción administrativa al afirmar que en muchos casos la sanción administrativa coincide o supera a la pena (hablando respecto a las situaciones en que se impone una multa). BAJO FERNANDEZ, MIGUEL. (2008). *Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal*. *Indret*, 3 (pág. 2-10).

Considera que existen tres baremos¹⁵⁵ y que al cumplirlos sí se puede afirmar que los castigos comparados tienen la misma sustancia. El primer elemento para realizar la comparación es la posibilidad de graduación del castigo en función al tipo subjetivo que corresponda (dolo o imprudencia). En el caso de la pena, el código penal establece en su artículo 12 que la imprudencia será punible cuando así lo prevea expresamente el código penal; aunque no lo estipule directamente, con la redacción del artículo 12 ya se infiere que los casos de dolo y culpa tendrán una diferente graduación al momento de imponerse la pena. A partir de ahí, el código penal establece diferentes grados de pena cuando considera que la vertiente imprudente de un delito amerita la imposición de una pena. En el caso de la sanción administrativa la inferencia de la participación subjetiva en la graduación del castigo se regula a través del artículo 29.3 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público¹⁵⁶ (en adelante LRJSP), se establece directamente que uno de los criterios que condicionará dicha graduación será “el grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad”.

El segundo baremo para llevar a cabo la comparación es la imposibilidad de asegurar el castigo. Tanto la pena como la sanción administrativa no pueden asegurarse¹⁵⁷, el principio de personalidad de penas y la función de prevención general y especial exigen que quien incurrió en un hecho ilícito sea quien sufra el castigo impuesto. Además de estos principios, está el artículo 76 bis de la Ley

¹⁵⁵ BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL; FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO JOSÉ y GÓMEZ JARA DÍEZ, CARLOS. (2016). *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. (pág. 25-54). En Pamplona: Editorial Arazandi, SA.

¹⁵⁶ Artículo 29.3 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público 40/2015, de 1 de octubre: “En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. La graduación de la sanción considerará especialmente los siguientes criterios:

- a) El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad.
- b) La continuidad o persistencia en la conducta infractora.
- c) La naturaleza de los perjuicios causados.
- d) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.”

¹⁵⁷ PORRES DE ORTIZ URBINA, E. (2018). *El aseguramiento de las sanciones*. Recuperado de <https://elderecho.com/el-aseguramiento-de-las-sanciones>

del Contrato de Seguro que establece lo siguiente: “Quedan excluidos de la cobertura del seguro de defensa jurídica el pago de multas y la indemnización de cualquier gasto originado por sanciones impuestas al asegurado por las autoridades administrativas o judiciales”, y la Consulta de la Dirección General de Seguro y Fondos de Pensiones (en adelante DGSFP) de 31/05/2008 que indicó que “la posibilidad de cobertura de las multas y sanciones a través del seguro vaciaría de contenido la sanción de algunas conductas y la exigencia de diligencia en la realización de determinadas funciones, al trasladarse al asegurador el pago de la sanción impuesta al responsable”. No se hacen distinciones, la pena y la sanción administrativa están excluidas de la posibilidad de ser aseguradas.

El último baremo de comparación es la imposibilidad de transmitir por herencia. Por las mismas razones expuestas en base al principio de personalidad de las penas y de prevención general y especial, ni la pena ni la sanción administrativa pueden ser transmitidas por herencia porque perderían su sentido. La jurisprudencia se ha pronunciado sobre esto (por ejemplo en la sentencia de 9 de marzo de 2017 dictada por la Sala Tercera del Tribunal Supremo) y señala contundentemente que el principio de responsabilidad personal impone que sólo el infractor debe sufrir el castigo por el hecho que cometió, no pudiendo responder ninguna otra persona ajena a ese hecho. Cualquier castigo que cumpla con estos tres baremos puede definirse como una medida retributivo preventiva.

Junto a estos baremos, el resto de características similares entre los castigos que se pretende comparar serviría para reforzar la idea de igualdad sustancial. En especial el hecho de que los mismos principios se aplican tanto en el caso penal como administrativo parecería ser un claro síntoma de dicha igualdad. El principio en el que se hace hincapié para reforzar la idea de identidad sustancial es el de culpabilidad. Actualmente es un hecho confirmado por la jurisprudencia, tanto del Tribunal Supremo como del Tribunal Constitucional, que el principio de

culpabilidad rige la actividad de cualquier derecho sancionador.¹⁵⁸ No hay dudas sobre ello en el caso del derecho penal, puesto que es una de las nociones más básicas que el principio de culpabilidad rige y dirige la actividad de esta rama del derecho.

Como mencioné, el primer argumento utilizado es la posición inequívoca de la jurisprudencia de que cualquier actividad del derecho que imponga castigos debe regirse por el principio de culpabilidad. Incluso el Tribunal Constitucional ha llegado a entender que en un Estado social y democrático de Derecho, el principio de culpabilidad es inherente al derecho penal y al derecho administrativo sancionador¹⁵⁹. A nivel normativo este cambio no se hizo efectivo hasta hace poco tiempo; fue con la LRJSP en su artículo 29 que finalmente se mencionó la culpabilidad y en el artículo 28.1 cuando se consideró expresamente al dolo y la culpa.¹⁶⁰

¹⁵⁸ Desde el año 1981 el Tribunal Constitucional ha entendido que los principios que rigen el derecho penal también se aplican al derecho administrativo aunque con ciertos matices. Así lo expone claramente la STC 18/1981, de 8 de junio en su fundamento jurídico tercero: “3. Siguiendo en la misma línea de razonamiento, y ya con relación al caso planteado, debemos afirmar ahora que tales valores no quedarían salvaguardados si se admitiera que la Administración, por razones de orden público, puede incidir en la esfera jurídica de los ciudadanos imponiéndoles una sanción sin observar procedimiento alguno, y, por tanto, sin posibilidad de defensa previa a la toma de la decisión, con la consiguiente carga de recurrir para evitar que tal acto se consolide y haga firme. Por el contrario, la garantía del orden constitucional exige que el acuerdo se adopte a través de un procedimiento en el que el presunto inculcado tenga oportunidad de aportar y proponer las pruebas que estime pertinentes y alegar lo que a su derecho convenga. Siendo esto así, la conclusión a la que se llega en el caso objeto del examen aparece ya como evidente: procede declarar la nulidad de los actos aquí impugnados por haberse dictado sin observar los principios de la Constitución que están en la base de su artículo 24.”. También en este sentido se pronuncia la STS de 18 de febrero de 1981.

¹⁵⁹ STC 270/1994 de 17 de octubre. Aunque no hace mayores explicaciones, el Tribunal Constitucional menciona brevemente pero de forma precisa la necesidad del principio de culpabilidad en el derecho penal y administrativo: “[...]Tal fundamento, propio del Derecho penal y administrativo sancionador de los regímenes totalitarios, no se compadece con los principios de exclusiva protección de bienes jurídicos y de culpabilidad por el hecho, que, por el contrario, caracterizan a dichos conjuntos normativos en un Estado social y democrático de Derecho como es el nuestro.”

¹⁶⁰ Artículo 28.1 De la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público 40/2015: “1. 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.”

1.2 La crítica de la defensa de diferenciación entre pena y sanción administrativa

Asentados los argumentos para pretender validar una igualdad de contenido material entre las instituciones de la pena y la sanción administrativa, el siguiente paso es tratar de desacreditar aquellas teorías y defensas que se muestran a favor de una diferencia sustancial.

Es así que Bajo igualmente se detiene a defender su posición frente a los que critican este acercamiento entre sanción administrativa y pena como es el caso de Silva, García Caveró y Feijoo Sanchez¹⁶¹. Para entender mejor la concepción de la idea de identidad de sustancia que maneja el autor, hay que detenerse a estudiar las críticas que hace a estos tres autores porque a través de ellas se reflejan varios de sus argumentos en favor de esta supuesta identidad:

- Sobre la postura de Silva Sanchez: La primera preocupación de Silva¹⁶² es la expansión del derecho penal. Un fenómeno peligroso que entrelaza la rama del derecho penal y del derecho administrativo, hace cada vez más ambiguas las fronteras entre uno y otro, y todo ello en detrimento del derecho administrativo. La consecuencia directa de todo esto es una intervención del derecho penal para proteger peligros abstractos y que intervenga en tareas que la Administración tiene asignada, lo que convierte a la pena en un aparato de gestión social. De acuerdo a Bajo, este autor basa su idea de diferenciación cualitativa en que el derecho penal busca “la protección de bienes jurídicos concretos en casos concretos y sigue criterios de lesividad y peligrosidad concreta.”¹⁶³, mientras que el derecho administrativo busca ordenar una situación social general y manejar riesgos generales en

¹⁶¹ BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL; FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO JOSÉ y GÓMEZ JARA DÍEZ, CARLOS. (2016). *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. (pág. 38). En Pamplona: Editorial Arazandi, SA.

¹⁶² SILVA SANCHÉZ, JESÚS MARÍA. (2011). *La expansión del Derecho penal*. (pág. 178-182). En Buenos Aires: editorial B de f.

¹⁶³ BAJO FERNANDEZ, MIGUEL. (2008). *Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal*. Indret, 3 (pág. 2).

determinados sectores a través de criterios de oportunidad. Contra esta postura Bajo entiende que solamente se está describiendo formas de operar del derecho administrativo y del derecho penal (el derecho administrativo entraría mucho más a regular unos sectores que el derecho penal), pero que en ningún caso se estaría dando argumentos sobre el contenido material de los castigos que permitirían diferenciarlos uno del otro.

- Respecto a García Cavero¹⁶⁴ entiende que hace, como en el anterior caso, una diferenciación errónea porque también se enfoca en las formas distintas de operar de las normas penales y administrativas, pero no alude a alguna diferencia sustancial; en este segundo caso la diferencia defendida consistiría en que las normas penales defenderían unas expectativas de conducta que permitirían el desarrollo personal dentro de la sociedad, mientras que las normas administrativas defenderían expectativas de conductas generales dentro de un sector determinado. Critica Bajo que cuando se habla de diferencias entre las expectativas que protegen las normas administrativas y aquellas que protegen las normas penales se está simplemente describiendo las características de los ordenamientos.

- Finalmente sobre la posición que mantiene Feijoo¹⁶⁵: consiste en afirmar que la norma penal, en su vertiente preventivo general positiva, orienta el comportamiento de la sociedad a través de la afirmación de la vigencia de la norma. La prevención del delito sería un deber de otros mecanismos diferentes de la pena: las fuerzas policiales, política social, medios de instituciones penitenciarias, etc. De esta forma la pena existiría como retribución en los casos en los que se produzca un hecho lesivo o peligroso siempre que afecte a otros ámbitos de organización. La sanción

¹⁶⁴ GARCÍA CAVERO, PERCY. (2007). *Derecho penal económico. Parte general*. (pág. 70-72). En Lima: editorial Editora Jurídica Grijley.

¹⁶⁵ FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO JOSÉ. (2007). *Derecho penal de la empresa e imputación objetiva*. (pág. 205-206). En Madrid: Editorial Reus.

administrativa sería el utensilio para prevenir riesgos o inseguridades, no siendo en ningún caso retributiva porque se impone en casos en los que se producen riesgos abstractos; el peligro abstracto sólo sería merecedor de una pena si supera unos “niveles de permisión de riesgos”¹⁶⁶. Sobre esta posición la crítica que hace Bajo es que se está desconociendo una gran mayoría de los ilícitos tipificados por la normativa administrativa que representan efectivas lesiones a bienes jurídicos, siendo los casos en materia tributaria, ambiental y laboral los casos más claros en los que se producen esas lesiones.

2. La igualdad entre pena y sanción administrativa desde la perspectiva del derecho administrativo

A esta posición doctrinal penalista que sostiene una igualdad material entre pena y sanción administrativa se suma parte de la doctrina administrativa. A la vanguardia de la defensa de esta posición, desde la perspectiva administrativa, se encuentra García de Enterría cuya obra servirá para el desarrollo de esta parte del trabajo.

2.1 Contexto histórico

Para García de Enterría la primera razón en favor de una igualdad sustancial entre la pena y la sanción administrativa es de carácter histórico¹⁶⁷. El autor remonta su explicación a la Revolución Francesa, cuando se produce el fenómeno de legalizar y judicializar el derecho penal, y sin embargo el poder ejecutivo retiene una potestad punitiva. Este comportamiento, como indica el autor, se reprodujo entre las monarquías centro europeas a lo largo del siglo XIX,

¹⁶⁶ FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO JOSÉ. (2007). *Normativización del Derecho penal y realidad social*. (pág. 320). En Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.

¹⁶⁷ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS RAMÓN. (2017). *Curso de derecho administrativo II*. (pág. 119-130). En Navarra: Editorial Civitas.

alcanzando así a la monarquía española. Con el Código Penal de 1848 se puso en marcha esa legalización y judicialización de las penas, aunque el llamado “Derecho de Policía” se mantuvo vigente. Esto se reflejó a través del Real Decreto de Competencia de 31 de octubre de 1849, que resolvió un conflicto de competencia entre la potestad sancionadora judicial y la potestad sancionadora administrativa: en este decisivo Real Decreto se determinó de forma clara que a pesar de la judicialización de las faltas, las autoridades locales como los alcaldes y los gobernadores aún mantenían su potestad sancionadora. A ello se sumaba que la potestad sancionadora, de las autoridades mencionadas, podía aplicarse al mismo tiempo en el que una pena también estaba siendo aplicada en la vía judicial por el mismo hecho (aplicación simultánea de potestades sancionadoras derivada del principio de separación entre la Justicia y la Administración). El autor cita a Colmeiro para explicar la razón detrás de este fenómeno de mantenimiento de la capacidad sancionadora por parte del poder ejecutivo: según este último autor, la ausencia de potestad sancionadora por parte de la Administración “pondría en peligro su independencia”. Es decir, se reconoce que la potestad sancionadora debe pertenecer al poder judicial pero que se realiza una delegación de esta capacidad en favor de la Administración. Es innegable que hoy en día la Administración conserva dicha potestad sancionadora, y además a lo largo de los años la ha ido configurando y desarrollando por su cuenta; y prueba de ello es la evolución del procedimiento sancionadora administrativo y de las sanciones administrativas.

Para ciertos autores como García de Enterría la clara muestra de que sanción administrativa y sanción penal comparten la misma naturaleza es la mención del artículo 45.3 de la Constitución: “Para quienes violen lo dispuesto en el apartado anterior, en los términos que la ley fije se establecerán sanciones penales o, en su caso, administrativas, así como la obligación de reparar el daño causado”. Hacen un énfasis en la equiparación de sanciones penales y administrativas a través del uso de esa “o”; esta idea de equiparación sería reforzada a su vez por el artículo 25.1 del mismo texto constitucional: “Nadie puede ser condenado o sancionado por acciones u omisiones que en el momento de producirse no

constituyan delito, falta o infracción administrativa, según la legislación vigente en aquel momento”. Usando el mismo argumento que el sector doctrinal penal, estos autores de la rama administrativa apoyan la idea de que la distinción que quiere hacerse entre la sanción administrativa y penal responde únicamente a razones cuantitativas. Según esta parte de la doctrina el claro ejemplo de lo previamente dicho vendría a ser el ilícito fiscal, que dependería de su tratamiento por vía penal o administrativa en función a la cantidad que se hubiera defraudado.

2.2 Tendencia de despenalización e influencia del Common Law

Junto a la razón histórica, García de Enterría entiende que se suman dos razones de carácter más circunstancial. Por un lado están los <<delitos bagatela>> y la tendencia de despenalización de los mismos, en favor de la intervención de la Administración quién sería la nueva encargada de procesar y castigar estos ilícitos. Si la distinción fuera más que meramente cuantitativa, no sería posible este traspaso de tratamiento de estos delitos de escasa relevancia a la jurisdicción contenciosa administrativa; no habría razones de contenido para explicar cómo conductas ilícitas podrían ser castigadas en momentos determinados por una sanción penal y en otros momentos por una sanción administrativa.

La segunda razón circunstancial es la influencia durante los últimos años del derecho estadounidense en el derecho de muchos países centro europeos, siendo España uno de ellos. Esta influencia viene marcada por la intervención de la Administración en muchos sectores de gran relevancia económica y social como el mercado de valores, sectores financieros, comportamientos de competencia en el mercado, telecomunicaciones, etc. Cada sector con una consideración de especial relevancia se pone a cargo de una Administración especial, quien es la encargada de vigilar, controlar y eventualmente sancionar todos aquellos comportamientos ilícitos. La vía judicial ordinaria sólo entraría en juego posteriormente para asegurar que el proceso contencioso administrativo

se llevó a cabo correctamente. En el caso de España, la diversificación de Administraciones sectoriales con poderes sancionatorios propios ha sido reforzada por la existencia de Comunidades Autónomas, al contar cada una de ellos con su propio centro de poder sancionador.

Para aquellos que defienden, desde la perspectiva administrativa, la igualdad entre pena y sanción administrativa el peso del contexto histórico, la influencia cada vez mayor del derecho estadounidense y la multiplicación de centros de la Administración con potestad sancionadora es mayor a los argumentos de aquellos que intentan diferenciar entre uno y otro castigo. Por un lado acusan a la política criminal de ser la que determina, de forma contradictoria, la intervención de castigos penales o de sanciones administrativas. Y por otro lado aceptan y señalan que la diferencia entre ambas instituciones sancionadoras radica en los distintos procesos a través de los cuales se imponen.

2.3 Los principios que rigen la aplicación de sanciones administrativas y penas

Ya observé anteriormente que los principios penales también son aplicables en el ámbito administrativo. Quienes se posicionan a favor de una identidad sustancial entre las sanciones de estos dos ámbitos usan esta igualdad de aplicación como argumento a su favor. Un argumento que se vio favorecido cuando el Tribunal Constitucional entendió que ante las llamadas “situaciones de sujeción especial”¹⁶⁸ procedía igualmente la aplicación de los principios del derecho penal, ya que el no

¹⁶⁸ Las situaciones de relación especial son un fenómeno particular del derecho administrativo, que no están reconocidas por ninguna norma pero que alguna doctrina fue desarrollando a lo largo del tiempo. Su importancia llegó al punto en que los tribunales tuvieron que pronunciarse sobre este tipo de relaciones, como en el caso de la aplicación de principios penales en el derecho administrativo. Aunque hay muchas definiciones que aporta la doctrina sobre cuáles debe considerarse como relaciones especiales, para esclarecer un poco el tema está la definición genérica que alude Tomás Prieto Álvarez en su estudio “*La Encrucijada actual de las relaciones especiales de sujeción*” siguiendo al profesor López Benítez: “se trata de «las relaciones jurídico-administrativas caracterizadas por una duradera y efectiva inserción del administrado en la esfera organizativa de la Administración, a resultas de la cual queda sometido a un régimen jurídico peculiar que se traduce en un especial tratamiento de la libertad y de los derechos fundamentales, así como de sus instituciones de garantía, de forma adecuada a los fines típicos de cada relación.”

hacerlo restringía los derechos fundamentales de las personas dentro del proceso administrativo.¹⁶⁹

Estudiaré ahora la aplicación de estos principios para observar si realmente es igual para ambos ámbitos del Derecho o si se hace con ciertos matices respondiendo a diferencias entre el derecho penal y el derecho administrativo. Y en el caso de observar una aplicación diferenciada, procederé a estudiar cómo parte la doctrina, que defiende la identidad sustancial entre pena y sanción administrativa, defiende esta aplicación diferenciada de principios.

Principio de legalidad

Este principio se aplica tanto para el caso de sanciones administrativas como para las penas de forma similar. No cabe otra interpretación porque así lo determina claramente el artículo 25 de la Constitución. Lo mismo se refleja en la popular expresión de este principio “*nullum crimen, nulla poena sine lege previa*”.

Son dos las razones de peso a favor de la aplicación del principio de legalidad tanto para la imposición de penas como de sanciones administrativas:

- En el derecho penal es un hecho incuestionable la aplicación de este principio, al punto que no se puede comenzar a entender el derecho penal sin ponerlo en relación con el principio de legalidad. Y así lo recuerda Muñoz Conde¹⁷⁰: “Se trata de un principio cuya plena consolidación pertenece al nacimiento del Derecho penal moderno, si por tal entendemos el propio del Estado liberal”; también recuerda el autor que la simbiosis entre principio de

¹⁶⁹ STC 61/1990 de 29 de marzo de 1990: “La naturaleza sancionatoria de la medida (impide) que la distinción entre relaciones de sujeción general y especial, ya en sí misma imprecisa, pueda desvirtuar aquella naturaleza... y sin que, por lo demás, y esto es más importante, pueda dejar de considerarse al respecto la posibilidad de que dicho acto incida en los derechos del administrado con el riesgo de lesionar derechos fundamentales». Pues «una cosa es, en efecto, que quepan restricciones en el ejercicio de los derechos en los casos de sujeción especial y otra que los principios constitucionales (y derechos fundamentales en ellos subsumidos) puedan ser también restringidos o perder eficacia y virtualidad. Y siempre deberá ser exigible en el campo sancionatorio administrativo (no hay duda en el penal) el cumplimiento de los requisitos constitucionales de legalidad formal y tipicidad como garantía de la seguridad del ciudadano.”

¹⁷⁰ MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN. (2010). *Derecho Penal Parte General*. (pág. 99-100). En Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

legalidad y derecho penal es reconocida a nivel internacional: la Declaración Universal de los Derechos Humanos de 10 de diciembre de 1948, el Convenio Europeo para la Protección de los Derechos Humanos y las Libertades Fundamentales de 4 de noviembre de 1950 y el Pacto Internacional de Derechos Civiles y Políticos de Nueva York de 19 de diciembre de 1966. En el caso de la sanción administrativa la aplicación de este principio, como dije previamente, es la homologación que se hace en el artículo 25 de la Constitución española.

- El Tribunal Constitucional se ha pronunciado sobre el artículo 25 y su carácter de derecho fundamental¹⁷¹. La consecuencia directa de esta consideración de derecho fundamental es la consecuente aplicación del artículo 53.1 de la Constitución: “Los derechos y libertades reconocidos en el Capítulo segundo del presente Título vinculan a todos los poderes públicos. Sólo por ley, que en todo caso deberá respetar su contenido esencial, podrá regularse el ejercicio de tales derechos y libertades, que se tutelarán de acuerdo con lo previsto en el artículo 161, 1, a)”. El motivo de esta reserva de ley radica en la intromisión que tienen tanto la pena como la sanción administrativa en los derechos y libertades de las personas; una intromisión de dicha envergadura dejaría en grave peligro e indefensión a las personas si se permitiera su regulación a través de reglamentos.

También el propio Tribunal Constitucional se ha encargado de definir el alcance material y formal de este principio de legalidad respecto a los ámbitos administrativo y penal, La Sentencia 61/1990 lo refleja de forma muy clara: “[...] que dicho principio comprende una doble garantía: la primera, de orden material y alcance absoluto, tanto referida al ámbito estrictamente penal como al de las sanciones administrativas, refleja la especial transcendencia del principio de seguridad jurídica en dichos campos limitativos y supone la imperiosa necesidad

¹⁷¹ Sentencia del Tribunal Constitucional 61/1990, de 29 de marzo de 1990: “[...] Partiendo del principio (STC 18/1981) de que la regulación de las sanciones administrativas ha de estar inspirada en los principios propios y característicos del Derecho Penal (doctrina también del T.S. y del TEDH), en ya numerosas Sentencias se ha declarado -dado que el principio de legalidad del art. 25.1 se traduce en un derecho subjetivo de carácter fundamental [...].”

de predeterminación normativa de las conductas infractoras y de las sanciones correspondientes, es decir, la existencia de preceptos jurídicos (*lex previa*) que permitan predecir con suficiente grado de certeza (*lex certa*) aquellas conductas y se sepa a qué atenerse en cuanto a la aneja responsabilidad y a la eventual sanción; la segunda de carácter formal, relativa a la exigencia y existencia de una norma de adecuado rango y que este Tribunal ha identificado como ley en sentido formal, interpretando así los términos «legislación vigente» del artículo 25.1 de la C.E., sin admitir, salvo casos o hipótesis de normas preconstitucionales, la remisión al Reglamento.” Hoy en día la propia regulación administrativa refleja la aplicación del principio de legalidad a través del artículo 25.1 de la LRSJP.¹⁷²

Principio de tipicidad

Tanto la normativa penal como administrativa aplican el principio de tipicidad, y en ambos sectores se aplica de forma similar. Que el principio de tipicidad consista en la determinación normativa, rigurosa y suficiente, de la conducta a la que se asocia un castigo es una definición que comparten tanto el derecho penal como el derecho administrativo. Esto se debe a que el principio de tipicidad es una expresión del principio de legalidad; y ya estudiamos como el principio de legalidad tiene el mismo alcance material y formal dentro del derecho penal y dentro del derecho administrativo, por lo que si el principio de tipicidad deriva del principio de legalidad, el resultado lógico será que si la aplicación del segundo es similar dentro de dos ramas del sector jurídico también lo será la aplicación del primero.

¹⁷² El artículo 25.1 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público establece que: “La potestad sancionadora de las Administraciones Públicas se ejercerá cuando haya sido expresamente reconocida por una norma con rango de Ley, con aplicación del procedimiento previsto para su ejercicio y de acuerdo con lo establecido en esta Ley y en la Ley de Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas y, cuando se trate de Entidades Locales, de conformidad con lo dispuesto en el Título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril.”

Para probar todo ello, basta con observar el artículo 27 de la LRJSP.¹⁷³ Y en el caso del derecho penal los artículos 1.1 y 10 del Código Penal. Aunque pueda parecer que la normativa administrativa se preocupó más que la normativa penal en regular el principio de tipicidad, no se debe olvidar que la tipicidad es la categoría más importante del derecho penal. Es a partir de ella que se puede dar paso a las siguientes categorías (antijuricidad y culpabilidad) del derecho penal. Y aunque para otros autores como Mir Puig¹⁷⁴, la tipicidad forma parte de la antijuridicidad eso no cambia el carácter esencial de la tipicidad; para los que optan por esta posición la tipicidad sería la *ratio essendi* de la antijuridicidad.

La exigencia y la necesidad, de que la descripción de la conducta que se pretende tipificar deba ser rigurosa, son iguales tanto para el ámbito penal como administrativo. Esto se debe, como lo señala García de Enterría¹⁷⁵, a que se debe respetar el principio de libertad de las personas en un Estado liberal, y cualquier excepción a este principio debe estar claramente determinada por leyes que son una forma de expresión de la voluntad del pueblo; y también que debe garantizarse la seguridad jurídica, permitiendo a los ciudadanos conocer y saber con certeza las consecuencias de sus comportamientos si contravienen la normativa.

¹⁷³ El artículo 27 de la Ley 40/2015, de 1 de octubre, de Régimen Jurídico del Sector Público: “1. Sólo constituyen infracciones administrativas las vulneraciones del ordenamiento jurídico previstas como tales infracciones por una Ley, sin perjuicio de lo dispuesto para la Administración Local en el Título XI de la Ley 7/1985, de 2 de abril.

Las infracciones administrativas se clasificarán por la Ley en leves, graves y muy graves.

2. Únicamente por la comisión de infracciones administrativas podrán imponerse sanciones que, en todo caso, estarán delimitadas por la Ley.

3. Las disposiciones reglamentarias de desarrollo podrán introducir especificaciones o graduaciones al cuadro de las infracciones o sanciones establecidas legalmente que, sin constituir nuevas infracciones o sanciones, ni alterar la naturaleza o límites de las que la Ley contempla, contribuyan a la más correcta identificación de las conductas o a la más precisa determinación de las sanciones correspondientes.

4. Las normas definidoras de infracciones y sanciones no serán susceptibles de aplicación analógica.”

¹⁷⁴ MIR PUIG, SANTIAGO. (2011). *Derecho Penal Parte General*. (pág. 158). En Barcelona: Editorial Reppertor.

¹⁷⁵ GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS RAMÓN. (2017). *Curso de derecho administrativo II*. (pág. 121 y ss.). En Navarra: Editorial Civitas.

Principio de culpabilidad

La aplicación de este principio fue más discutida en el ámbito administrativo. Hasta que la jurisprudencia y posteriormente la Constitución española no lo reconocieran, se pretendía hacer de la responsabilidad administrativa una de carácter objetivo.¹⁷⁶ Ya hablé de cómo este principio de culpabilidad es igualmente un argumento a favor para algunos autores penalistas que pretenden defender una identidad sustancial entre pena y sanción administrativa.

Y como he repetido tanto para el caso del principio de legalidad como para el del principio de tipicidad, se ha homologado la aplicación de principios del derecho penal al derecho administrativo. Para el caso de la culpabilidad, es el artículo 28 de la LRJSP que muestra la plena transposición de este principio en el derecho administrativo: “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

¹⁷⁶ La discusión que refleja las dudas que habían respecto a la presencia del principio de culpabilidad es la que se originó con la reforma de 1985 de la Ley General Tributaria. Con esta reforma se eliminó la palabra <<voluntarias>> que acompañaba la redacción que definía las infracciones tributarias ya sea por comisión u omisión. Aquellos que consideraron que con esta supresión se estaba intentando inclinar la balanza a favor de una responsabilidad puramente objetiva plantearon un recurso de constitucionalidad; el Tribunal Constitucional rechazó, en su sentencia de 26 de abril de 1990, el recurso planteado pero porque consideró que dentro del sistema jurídico español no había cabida para una responsabilidad objetiva: “[...] Es cierto que, a diferencia de lo que ha ocurrido en el Código Penal, en el que se ha sustituido aquel término por la expresión «dolosas o culposas», en la LGT se ha excluido cualquier adjetivación de las acciones u omisiones constitutivas de infracción tributaria. Pero ello no puede llevar a la errónea conclusión de que se haya suprimido en la configuración del ilícito tributario el elemento subjetivo de la culpabilidad para sustituirlo por un sistema de responsabilidad objetiva o sin culpa. En la medida en que la sanción de las infracciones tributarias es una de las manifestaciones del ius puniendi del Estado, tal resultado sería inadmisibles en nuestro ordenamiento. Pero, como se ha dicho, nada de esto ocurre. El propio art. 77.1 de la LGT dice, en su inciso segundo, que las infracciones tributarias son sancionables «incluso a título de simple negligencia», lo que con toda evidencia significa, de un lado, que el precepto está dando por supuesta la exigencia de culpabilidad en los grados de dolo y culpa o negligencia grave, y de otro, que, más allá de la simple negligencia, los hechos no pueden ser sancionados. No existe, por tanto, un régimen de responsabilidad objetiva en materia de infracciones tributarias ni nada ha cambiado al respecto la Ley 10/1985. Por el contrario, y con independencia del mayor o menor acierto técnico de su redacción, en el nuevo art. 77.1 sigue rigiendo el principio de culpabilidad (por dolo, culpa o negligencia grave y culpa o negligencia leve o simple negligencia), principio que excluye la imposición de sanciones por el mero resultado y sin atender a la conducta diligente del contribuyente.”

entidades sin personalidad jurídica y los patrimonios independientes o autónomos, que resulten responsables de los mismos a título de dolo o culpa.”

Principio de proporcionalidad

Es un principio que debe estar en el seno de cualquier ámbito del Derecho, porque restringe los posibles “excesos en la tipificación de sanciones, rechazando aquellas que no sean proporcionadas a la infracción cometida¹⁷⁷.” Ya sea para el derecho penal como para el derecho administrativo, la proporcionalidad requiere que las personas sean castigadas adecuadamente en función a la entidad del ilícito que cometieron, o que no sean castigadas con sanciones más graves del daño causado por su actuación ilícita. En lo que respecta al derecho penal moderno, el reconocimiento internacional de este principio se hizo ya desde la Declaración de derechos del hombre y del ciudadano de 1789, a continuación se mencionó este principio en la Declaración Universal de Derechos Humanos, y llegó a la Constitución española gracias a su artículo 10.2 que se encarga de integrar como derecho positivo esta Declaración dentro del ordenamiento jurídico español.

El derecho administrativo regula de forma expresa y relativamente extendida el principio de proporcionalidad en el artículo 29 de la LRJSP¹⁷⁸. Aunque los

¹⁷⁷ ESTEVE PARDO, JOSÉ. (2011). *Lecciones de Derecho Administrativo*. (pág 403). En Barcelona: Editorial Marcial Pons.

¹⁷⁸ Artículo 29 de la LRJSP:

1. Las sanciones administrativas, sean o no de naturaleza pecuniaria, en ningún caso podrán implicar, directa o subsidiariamente, privación de libertad.
2. El establecimiento de sanciones pecuniarias deberá prever que la comisión de las infracciones tipificadas no resulte más beneficioso para el infractor que el cumplimiento de las normas infringidas.
3. En la determinación normativa del régimen sancionador, así como en la imposición de sanciones por las Administraciones Públicas se deberá observar la debida idoneidad y necesidad de la sanción a imponer y su adecuación a la gravedad del hecho constitutivo de la infracción. La graduación de la sanción considerará especialmente los siguientes criterios:
 - a) El grado de culpabilidad o la existencia de intencionalidad.
 - b) La continuidad o persistencia en la conducta infractora.
 - c) La naturaleza de los perjuicios causados.
 - d) La reincidencia, por comisión en el término de un año de más de una infracción de la misma naturaleza cuando así haya sido declarado por resolución firme en vía administrativa.

criterios que sigue este artículo son prácticamente los mismos que en el derecho penal (excepto la de prohibición de uso de una medida de privación de libertad como sanción administrativa), la necesidad de haberse alargado en su regulación es sólo para disipar alguna duda sobre el alcance y la forma de aplicación de la proporcionalidad cuando se impone una sanción administrativa.

Principio de presunción de inocencia

Este principio está recogido por la Constitución en su artículo 24.2 que establece expresamente que cualquier persona acusada tiene el derecho a su presunción de inocencia. El Tribunal Constitucional se encargó de enfatizar la necesidad de aplicar este principio en el proceso sancionador administrativo¹⁷⁹ y cualquier otro ámbito jurisdiccional cuyo proceso pueda derivar en una sanción o limitación de derechos de una persona. Por lo tanto la Administración sería la obligada a probar la existencia del hecho que pretende sancionar y la participación del imputado en tal hecho. Este reconocimiento se plasma a través del artículo 53.2 b) de la Ley 39/2015, de 1 de octubre, del Procedimiento Administrativo Común de las Administraciones Públicas (de ahora en adelante LPAC), que no se refiere directamente a la expresión <<presunción de inocencia>> pero por su redactado queda claramente establecida cuando determina la “no existencia de responsabilidad administrativa mientras no se demuestre lo contrario.”

En cuanto a las actuaciones administrativas que gozan de una <<presunción de certeza>>, no debe entenderse que la presencia de una de estas actuaciones invertiría la carga de la prueba en detrimento del acusado. Según Carmona

4. Cuando lo justifique la debida adecuación entre la sanción que deba aplicarse con la gravedad del hecho constitutivo de la infracción y las circunstancias concurrentes, el órgano competente para resolver podrá imponer la sanción en el grado inferior.

5. Cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida.

6. Será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión.

¹⁷⁹ Sentencia del Tribunal Constitucional 13/1985 de 1 de abril.

Ruano¹⁸⁰ estos documentos tendrían que considerarse como pruebas de cargo, que en cualquier caso deberían ser valoradas junto al resto de pruebas de cargo por el órgano administrativo sancionador (y en su caso por el órgano jurisdiccional revisor). Las diferencias entre el ámbito penal y administrativo respecto al principio de inocencia no serían sobre su contenido, sino sobre sus consecuencias: a diferencia del ámbito penal, no existe en el derecho administrativo una fase de juicio oral. Por lo tanto la práctica de la prueba, que tenga como fin desvirtuar el principio de inocencia, se llevará a cabo dentro del expediente (cuando se esté realizando la instrucción o cuando se comunique el pliego de cargos). Carmona también explica que una de las diferencias, sobre la consecuencia del principio de presunción de inocencia en los diferentes ámbitos penal y administrativo, se produciría por la diferencia que existe entre la Administración y el Tribunal Penal: el Tribunal Penal goza de una facultad, reconocida por el artículo 118 de la Constitución, de vinculación obligatoria para conseguir la ayuda y colaboración de terceros dentro del proceso penal, lo que no sucede en el caso de la Administración; tampoco puede la Administración disponer de testigos o peritos, “carece, tanto directa o indirectamente, de los medios extraordinarios de aportación de material probatorio disponibles en el proceso penal, tales como entrada y registro, apertura de correspondencia, intervención de comunicaciones, etc.” Parece que con estas diferencias el autor trata de defender las particularidades de los documentos administrativos, cuya <<presunción de certeza>> pondría en jaque (aunque no llegaría a desvirtuar) el principio de presunción de inocencia, o que el interesado en un proceso administrativo sólo pueda participar en él desde el momento en que se le comunica el pliego de cargos; en el caso del derecho penal, el principio de presunción de inocencia no puede ser desvirtuado por un atestado policial (que sólo tiene el valor de denuncia tal como lo dispone el artículo 297 de la Ley de

¹⁸⁰ CARMONA RUANO, MIGUEL. (1990). *Prueba de la infracción administrativa y derecho fundamental a la presunción de inocencia*. Jueces para la democracia. ISSN 1133-0627, Nro. 9. (págs. 22-30). Recuperado de <https://dialnet.unirioja.es/servlet/articulo?codigo=2531910>

Enjuiciamiento Criminal) y el acusado debe ser informado desde el primer momento de las actuaciones que se llevan en su contra (salvo la gran excepción de que se dicte secreto de sumario en virtud del artículo 302 de la Ley de Enjuiciamiento Criminal).

De todos los principios que se acaban de estudiar, se puede concluir que solamente el de presunción de inocencia es el que exige cierta matización a la hora de su aplicación. El principio de legalidad, el de tipicidad y el de proporcionalidad han llegado a cobrar la misma importancia tanto para el derecho penal como para el derecho administrativo. Las sentencias citadas del Tribunal Constitucional se muestran siempre preocupadas por la limitación de los derechos de las personas que puede causar la aplicación de un castigo (ya sea penal o administrativo) y han optado siempre por elevar la protección de estos derechos a través de una aplicación homogénea de los principios antes mencionados. Esta igualdad de aplicación es otro argumento para aquellos que pretenden reivindicar una identidad sustancial entre pena y sanción administrativa. Incluso si el principio se aplica con ciertas diferencias, como en el caso del principio de presunción de inocencia, autores como Carmona Ruano acusan como raíz de esta diferenciación a desigualdades entre entidades como la Administración y el Tribunal Penal o entre las diferencias del proceso penal y administrativo. Manteniendo de esta forma su firme posición de igualdad entre pena y sanción administrativa.

3. La problemática aplicación del principio <<no bis in ídem>>

La definición del principio <<*no bis in ídem*>> ha sido estudiada y repasada a lo largo de los años, y parece ser que hoy en día hay un consenso sobre la definición de este principio y de los criterios que se establecen a partir de él, tal como lo expone Muñoz Conde¹⁸¹. Es la aplicación de este principio lo que supone problemas y lo

¹⁸¹ De forma bastante clara y precisa expone Muñoz Conde los criterios de aplicación del <<no bis in ídem>>:

“Los criterios establecidos por el Tribunal Constitucional en esta materia pueden resumirse en torno a dos principios generales (a y b) y una excepción (c):

que para ciertos autores es una clara consecuencia de la igualdad entre ilícito penal y administrativo, y entre pena y sanción administrativa.

Ya desde el año 1985 existían trabajos poniendo en evidencia la dificultad en la aplicación del <<*non bis in idem*>> y la relación de esta dificultad con la inexistencia de una diferencia entre sanción penal y administrativa. Así lo expuso Ernesto Manzano¹⁸² que comenzó su artículo con preguntas que a día de hoy todavía son cuestión de debate: ¿Existe un criterio teórico universalmente válido para diferenciar el ilícito penal y el ilícito administrativo? ¿Existe dentro del ordenamiento jurídico español un criterio que permita diferenciar la infracción penal y administrativa?

En ese momento, la respuesta que da el autor es negativa para ambas preguntas. En el ámbito internacional sólo se refiere a intentos teóricos fallidos de diferenciación de autores como Feuer Bach, Goldshmidt, Erik Wolf, entre otros. Mientras que en el ámbito español, la única diferencia a la que podía hacer mención era la del artículo 603 del Código Penal¹⁸³, vigente en ese año, al que calificaba de

-
- a) No cabe duplicidad de sanciones cuando se trate de un mismo sujeto, un mismo hecho y las sanciones tengan el mismo fundamento (STC 2/1981). Luego, a sensu contrario, pueden acumularse sanciones de fundamento distinto.
 - b) Se prohíbe que autoridades del mismo orden (sea del orden judicial o bien del orden administrativo) sancionen repetidamente el mismo hecho a través de procedimientos distintos. La STC 159/1985 denegó la acumulación de una pena y una medida de seguridad impuestas ambas por órganos judiciales sobre unos mismos hechos.
 - c) En cambio, puede acumularse una pena y una sanción administrativa por un mismo hecho, si el sujeto se encuentra en relación de sujeción especial con la Administración". En MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN. (2010). *Derecho Penal Parte General*. (pág. 109). En Valencia: Tirant lo Blanch.

¹⁸² MANZANO MORENO, ERNESTO CARLOS. (1985). *El ilícito penal y el administrativo, el principio "non bis in idem" y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Recuperado de https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292344064365?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D1985_1386.pdf&blobheadervalue2=1288776835481

¹⁸³ El artículo 603 del entonces vigente Código penal establecía: "En las ordenanzas municipales y demás reglamentos generales o particulares de la administración que se publicaren en lo sucesivo y en los bandos de policía y buen gobierno que dictaren las Autoridades, no se establecerán penas mayores que las señaladas en este libro, aun cuando hayan de imponerse en virtud de atribuciones gubernativas, a no ser que se determinare otra cosa por leyes especiales, Conforme a este principio, las disposiciones de este libro no excluyen ni limitan las atribuciones que por las leyes municipales o cualesquiera otras especiales competan a los funcionarios de la

antiguo y cuyo contenido sólo establecía una diferencia cuantitativa que además era inservible por las numerosas excepciones que habían en razón de Leyes especiales existentes en ese momento.

En cuanto al principio <<*no bis in idem*>>, sí se reconocía su vigencia dentro del ordenamiento jurídico español porque en 1981 el Tribunal Constitucional¹⁸⁴ ya se había pronunciado al respecto reconociéndolo como principio básico en defensa de los derechos fundamentales, y también ligado al principio de legalidad y tipicidad. Además el Tribunal razonó sobre su aplicación en el caso de aplicación de sanciones penales y administrativas: “El principio general del Derecho, conocido por «*Non bis in idem*», supone, en una de sus más conocidas manifestaciones, que no recaiga duplicidad de sanciones administrativa y penal en los casos en que se aprecie la identidad del sujeto, hecho, y fundamento sin existencia de una relación de supremacía especial de la Administración (relación de funcionario, servicio público, concesionario, etc.), que justifique el ejercicio del «*ius puniendi*» por los Tribunales y a su vez de la potestad sancionadora de la Administración.”

A pesar de establecer la fórmula de aplicación del <<*no bis in idem*>>, Manzano ya señalaba la aparición de ciertas complicaciones como los casos de situaciones de relación especial, donde se admitía la aplicación de una sanción penal y también de una sanción disciplinaria por el vínculo estrecho que se consideraba que tenía el infractor con la Administración.

Hoy en día el principio <<*no bis in idem*>> está reconocido por: el Convenio Europeo de Derechos Humanos (artículo 4 del Protocolo 7); la Carta Europea de los Derechos Fundamentales (artículo 50); la LRJSP (artículo 31.1). En el Código penal no está recogido expresamente pero sus características están presentes en artículos como el 67 cuando impide que se tengan en cuenta circunstancias agravantes que fueran consideradas por la Ley al momento de describir o sancionar

Administración para dictar bandos de policía y buen gobierno y para corregir gubernativamente las faltas en los casos en que su represión les esté encomendada por las mismas leyes.”

¹⁸⁴ Sentencia del Tribunal Constitucional 2/81 de 3 de marzo.

una infracción o si tales circunstancias fueran indispensables para la comisión de la infracción.

A pesar de estos reconocimientos y del desarrollo jurisprudencial del <<*no bis in idem*>>, su dificultad a la hora de ser aplicado es evidente. Muñoz Conde¹⁸⁵ no sólo afirma que los casos más difíciles de dilucidar son aquellos en los que son aplicables tanto una pena como una sanción administrativa, sino que recuerda que los casos de situaciones de relaciones especiales aún no se han superado y todavía se sigue permitiendo la aplicación de una pena y un castigo disciplinario en razón de dicha relación especial.

Es decir, lo único que cambió desde el estudio de Manzano en 1985 hasta el día de hoy es el reconocimiento normativo del <<*non bis in idem*>> en algunos tratados internacionales y en cierta medida en la normativa española. Sin embargo los problemas de su aplicación persisten y ello es, para cierta parte de la doctrina, la consecuencia de que no hay una diferencia sustancial entre sanción penal y sanción administrativa o que no existen criterios para diferenciar ambas sanciones.

B. Diferenciación entre pena y sanción administrativa

En la primera parte de este capítulo se estudió la postura de aquellos que defienden una igualdad entre pena y sanción administrativa, y los argumentos que usan a su favor son varios y de naturaleza distinta (en base a aplicación de mismos principios, criterios históricos, razones circunstanciales). Por lo tanto defender la posición contraria no es una labor fácil, requiere el mismo esfuerzo analítico y teórico, pero eso no quiere decir que es una tarea imposible. Como se verá a continuación, son varios igualmente los autores y los argumentos que se pueden desarrollar en favor de una diferencia sustancial entre pena y sanción; ello muestra, a su vez, que hoy en día no está zanjada la discusión sobre esta comparación y hay espacio para seguir argumentando una diferenciación entre ambas sanciones. Sin ánimos de

¹⁸⁵ MUÑOZ CONDE, GARCÍA ARÁN. (2010). *Derecho Penal Parte General*. (pág. 109-110). En Valencia: Tirant lo Blanch.

adelantar aspectos de la presente tesis, podemos anunciar que el intento de aclarar la diferencia entre pena y sanción administrativa ayuda a resolver problemas prácticos (como la doble imposición de sanciones y la puesta en práctica correctamente del <<*no bis in idem*>>) y permitiría delimitar los ámbitos propios del derecho penal y del derecho administrativo. Procederé ahora a presentar los argumentos que defiende una diferencia entre pena y sanción administrativa, y que a mi parecer son los más acertados.

1. El fraude de etiquetas

El argumento más común entre quienes pretenden defender que no existe una diferencia entre pena y sanción administrativa es que ambos ordenamientos manejan prácticamente las mismas sanciones (multa, prohibición de realizar determinadas actividades, inhabilitación, clausura o cierre de fábricas, establecimientos, instalaciones y locales), con excepción de la pena de privación de libertad. Es evidente que la pena de privación de libertad no puede aplicarse a una persona jurídica por las características de esta persona; en palabras del conocido jurista de lengua inglesa John C. Coffee Jr <<there's no soul to damn, no body to kick>>¹⁸⁶ que utiliza como título de su estudio criticando el castigo penal a las corporaciones.

También es evidente que las penas privativas de libertad son las penas representativas del derecho penal, se trata de los instrumentos más graves para castigar a las personas, y cuyo monopolio pertenece de forma exclusiva al derecho penal. Entonces surge la pregunta de si ante la imposibilidad de usar las penas de privación de libertad en el caso de las personas jurídicas ¿No es acaso el camino correcto el de optar por la vía administrativa, cuyas sanciones son aparentemente iguales que las sanciones del Código Penal?

¹⁸⁶ C. COFFEE, JOHN JR. (1981). *No soul to damn: No body to kick: An unscandalized inquiry into the problem of Corporate Punishment*. (pág. 386-459). En Michigan: The Michigan Law Review Association.

Para responder a esta pregunta Paulo Busato¹⁸⁷ se dirige a aquellos que creen que la pena de prisión del derecho penal fracasó y debería prescindirse de ella. Quienes siguen esta línea de pensamiento concluyen que se tendría que prescindir igualmente del derecho penal, debido a que la pena de prisión es su castigo más representativo. La premisa defendida sería: si no hay pena de prisión tampoco debe haber derecho penal. Pero esta idea no es posible porque, tal como lo expone Winfried Hassemer¹⁸⁸, esta rama jurídica (junto a la ayuda del derecho penal procesal) está en nuestra sociedad para regular el control social que el Estado debe ejercer sobre las personas. El derecho penal permite vincular este control social al respeto por los derechos fundamentales de las personas por parte del Estado. El resultado de la ausencia de un derecho penal comportaría una falta de control social ilimitado que mermaría las condiciones de vida y los derechos de las personas. Indiferentemente de las críticas que se le puedan hacer, lo cierto es que a día de hoy no hay ningún ordenamiento jurídico que prescinda o se planteé prescindir del derecho penal, y dicha existencia no depende de la presencia o ausencia de la pena de prisión.

Confirmada la necesidad del derecho penal, no debe olvidarse que el principio que rige la intervención de esta área del Derecho es el de *ultima ratio*. La relevancia de este principio adquiere incluso más importancia en los casos en los que hay que delimitar la actuación del derecho penal o del derecho administrativo. Como se sabe y se mencionó antes, el derecho penal es el instrumento más grave del ordenamiento jurídico para perseguir y castigar los ataques más graves contra los derechos fundamentales de las personas. Por lo tanto si existen dentro del ordenamiento jurídico ramas del Derecho que aplican instrumentos de igual o mayor gravedad para hacer frente a conductas ilícitas, el problema no viene del propio

¹⁸⁷ BUSATO, PAULO CÉSAR. (2019). *Tres tesis sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. (pág.60-63). En Valencia: Tirant lo Blanch.

¹⁸⁸ HASSEMER, WINFRIED. (2003). *Contra el abolicionismo: acerca del porqué no se debería suprimir el derecho penal*". (pág. 39-40). Revista penal. ISSN 1138-9168. Nro. 11. Recuperado de <http://rabida.uhu.es/dspace/bitstream/handle/10272/12585/Contra%20el%20abolicionismo.pdf?sequence=2>

derecho penal sino de esas otras ramas jurídicas. No se trata de que el derecho penal sea o no sea necesario, sino que el problema radica en que hay otros ámbitos del Derecho que se apropian de formas de intervención con consecuencias graves que deberían pertenecerle únicamente al derecho penal, lo que lleva a su vez que deban aplicarse todos los principios que rigen el derecho penal. Es lo que Busato llama un “fraude de etiquetas”¹⁸⁹. Frente a aquellos que argumentan la falta de necesidad del derecho penal o que las sanciones penales son iguales o incluso menos graves que las que pueden imponer por ejemplo el derecho administrativo o el derecho civil, Busato rechaza aquellos argumentos y sostiene que las intervenciones más graves deben estar sometidas al derecho penal y a su estructura de garantías. Como la gravedad de las sanciones que se pretenden imponer es la más elevada, los derechos de las personas que las reciban se verán duramente limitados y para que ello sea constitucional tendrán que aplicarse dentro de un ámbito que ofrezca las máximas garantías posibles, y ese es el del derecho penal. Un derecho penal que, por ejemplo, no concibe de forma general recortes o cargas procesales en contra del imputado (la inversión de la carga de la prueba). Recordemos que Busato también insiste en que si estas máximas garantías se reproducen en otro ámbito del Derecho que no sea el penal, entonces el fraude de etiquetas estaría probado, porque sólo el derecho penal debería tener la capacidad de ofrecer las máximas garantías. De esta forma quedaría descartado el argumento, que pretende equiparar la pena a la sanción administrativa, que se apoya en que en ambas rigen los mismos principios.

2. Comparación y diferenciación entre las penas para las personas jurídicas y las sanciones administrativa

Un estudio que pretenda determinar si existe o no una diferencia sustancial entre la pena y la sanción administrativa debe contener una comparación entre el catálogo

¹⁸⁹ Vid. Supra 187.

de penas que maneja el código penal y las distintas sanciones administrativas que pueden imponerse.

Si enfoco el estudio en las penas y sanciones administrativas para las personas jurídicas, en este apartado del trabajo, es para dejar patente la existencia de diferencias sustanciales en el caso más polémico como lo es el de las personas jurídicas, donde la equiparación de ambas sanciones se hace en mayor medida.¹⁹⁰

Se debe señalar que el hablar de un catálogo en el caso de las penas, pero no en el caso de las sanciones administrativas, se debe a que no hay una normativa administrativa general que contenga un marco referencial genérico de las sanciones administrativas que pueden imponerse o que redacte una clasificación en función a su naturaleza y extensión (ello podría considerarse, en cierta medida, como una diferencia aunque sea meramente formal). El Código Penal hace una diferenciación en su artículo 32 entre penas privativas de libertad, penas privativas de derechos y multa; a continuación, en función de la naturaleza y la extensión de estas penas el Código las clasifica en graves, menos graves y leves. Para Tomas Cano¹⁹¹ esta diferenciación es la que realmente importa a nivel práctico porque es lo que en última instancia permite establecer la gravedad de la sanción que se impone. En el caso del derecho administrativo, no hay ninguna clasificación de las sanciones sólo de las infracciones; la LRJSP se limita a indicar que serán las distintas leyes sectoriales las que deberán hacer una clasificación de las infracciones entre muy graves, graves y leves. La consecuencia directa de esta falta de clasificación general administrativa sería que cada ley sectorial entenderá de forma diferente la gravedad de las infracciones y no habría una correlación homóloga entre infracción y sanción administrativa a nivel general. Esto tiene como consecuencia que la

¹⁹⁰ En este apartado no entraré a estudiar la pena de privación de libertad, posible en el ámbito penal pero no en el administrativo, porque tanto quienes están favor como en contra de una diferencia sustancial entre pena y sanción administrativa concuerdan en que esta clase de pena es la única sanción realmente diferente entre estos dos ámbitos (en virtud del artículo 25.3 de la Constitución: "La Administración civil no podrá imponer sanciones que, directa o subsidiariamente, impliquen privación de libertad."). Además las penas privativas de libertad no están contempladas para el caso de la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

¹⁹¹ CANO CAMPOS, TOMÁS. (2018). *Sanciones administrativas*. (pág.124-125). En Madrid: Francis Lefevre.

gravedad de la infracción sea determinada en función a la voluntad del legislador en un momento determinado; lo que a su vez llevaría a situaciones en las que existen leyes sectoriales que regulan comportamientos similares pero que son muy diferentes en el momento de tipificarlas como infracciones. Cano no hace reparos en criticar esta forma de configurar las infracciones y sanciones administrativas que considera rudimentaria y elemental, y que además conduce a la Administración a vulnerar las exigencias del principio de taxatividad (insistiendo en la incoherencia que se produce cuando existen leyes sectoriales que denominan de forma diferente a sanciones que materialmente son iguales o incluso cuando hay leyes que consideran como sanciones a medidas que no son tales).

De lo que se acaba de explicar se puede deducir que las formas de sanciones administrativas son muy variadas porque dependen de cada ley sectorial. Sin embargo hay ciertas sanciones administrativas que en cierta medida suelen utilizarse generalmente por la mayoría de leyes sectoriales; estas sanciones son justamente las que utilizaré para hacer la comparación con el ámbito penal.

2.1 Consideraciones generales

Todas las penas previstas para el caso de responsabilidad de personas jurídicas tienen la consideración de graves según lo dispuesto por el artículo 33.7 del Código penal. Aunque como sostiene María Soledad Gil¹⁹², la naturaleza grave de la pena impuesta a la persona jurídica dependerá en la práctica de su contenido, de su duración y de la actividad empresarial a la que se dedique la persona jurídica. Tampoco tiene relevancia procesal la consideración de que todas las penas para las personas jurídicas son graves, porque el propio artículo 14 bis de la LECrim establece que para determinar la competencia de un tribunal penal se considerará la pena prevista para la persona física y no para la persona jurídica. Por lo que debe

¹⁹² GIL NOBAJAS, MARÍA SOLEDAD. (2015). *Consideraciones en torno a la imposición y determinación de penas interdictivas a personas jurídicas*. En LANDA GOROSTIZA, JON MIRENA (dir.); GARRO CARRERA, ENARA y ORTUBA Y FUENTES GARRO (coord.). *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015*. (pág. 289-290). En Madrid: editorial Dykinson.

llegarse a la conclusión que el verdadero efecto relevante de considerar las penas de las personas jurídicas como graves concierne a la prescripción de estas y a la cancelación de antecedentes penales, siendo el plazo para ambas un periodo de 10 años¹⁹³.

Con la modificación del Código Penal en el 2010 se introduce dos grupos de sanciones para la persona jurídica: la multa y el resto de penas. La multa es la pena principal y de obligatoria imposición en el caso de que una persona jurídica sea declarada penalmente responsable; el resto de penas sólo pueden ser aplicadas en casos concretos, y siempre de forma facultativa, más adelante estudiaremos en detalle dichos casos. Pero en la aplicación de estas penas el Código Penal utiliza una forma de correlación con las penas previstas para las personas físicas, especialmente al momento de determinar los plazos máximos de duración de estas penas; por ejemplo, con excepción de la multa y la disolución, el resto de penas no pueden tener una duración que supere el límite máximo previsto para la pena que le correspondería a una persona física que hubiera cometido el delito que se le imputa a la persona jurídica.

Para Feijoo Sánchez¹⁹⁴ las reglas de aplicación que establece el Código penal en su artículo 66, por referencia del artículo 66 bis, sólo se aplica a la multa y no a las

¹⁹³ En cuanto a la prescripción, el artículo 133.1 del código penal establece que: “Las penas impuestas por sentencia firme prescriben: [...] A los 10, las restantes penas graves.” En cuanto a la cancelación de antecedentes penales, el artículo 136.3 del código penal dispone lo siguiente: “Las penas impuestas a las personas jurídicas y las consecuencias accesorias del artículo 129 se cancelarán en el plazo que corresponda, de acuerdo con la regla prevista en el apartado 1 de este artículo, salvo que se hubiese acordado la disolución o la prohibición definitiva de actividades. En estos casos, se cancelarán las anotaciones transcurridos cincuenta años computados desde el día siguiente a la firmeza de la sentencia.”

¹⁹⁴ BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL; FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO; GÓMEZ JARA DÍEZ, CARLOS. (2016). *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. (pág. 274). En Pamplona: Editorial Arazandi, S.A.

Para este autor la única excepción sería en los delitos de contrabando. En este caso, Feijoo acepta la posibilidad de aplicar las reglas del artículo 66 bis porque la Ley 12/1995 de represión del contrabando establece en su artículo 3.3 un sistema diferenciado de aplicación de penas. Esto llevaría a la aplicación del artículo 9 del Código Penal y primaría el sistema de penas de la ley especial como lo es la de represión del contrabando: por lo que sería obligatoria la imposición, aparte de la multa, de la prohibición de obtener ayudas públicas y subvenciones para contratar con las Administraciones públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, también en ciertos casos tendría que imponerse la suspensión de actividades y la clausura de

otras penas previstas para la persona jurídica; fundamenta este argumento en que las penas, a excepción de la multa, están orientadas a una peligrosidad futura de la persona jurídica y no a la gravedad del delito cometido. Aunque comparto esta opinión sobre la aplicación del artículo 66 a la multa y el artículo 66 bis al resto de sanciones penales, lamentablemente estoy lejos de la posición del autor de diferenciar entre la multa y el resto de sanciones penales como dos grupos de sanciones de naturaleza diferente (mientras que para el autor la multa para la persona jurídica es una verdadera pena, el resto de sanciones son sanciones interdictivas); en el último capítulo de este trabajo profundizaré mi posición de considerar a la multa y al resto de sanciones del artículo 33.7 como sanciones de la misma naturaleza.

En el caso de las sanciones administrativas las normas de aplicación se encuentran, como ya mencioné, en cada ley sectorial. A diferencia de las penas para las personas jurídicas, la gravedad de una sanción administrativa puede variar según cada ley sectorial, pudiendo haber sanciones muy graves, graves y leves. Pero la determinación de esta gravedad pasa por dos momentos: una determinación normativa y una posterior concreción por la Administración. La determinación en manos del legislador consiste en correlacionar una sanción a una conducta que tipifica; para ello debe respetar en todo momento el principio de tipicidad, la reserva de ley y el principio de proporcionalidad; ello obliga al legislador a determinar precisamente la sanción que conlleva una infracción, a no remitir a ningún reglamento la determinación de la sanción (con sus límites) que puede imponerse, y a respetar una coherencia entre la sanción que pretende imponerse y la gravedad del hecho.

En última instancia es la Administración quien pondera y determina qué contenido exacto tendrá la sanción que se impondrá¹⁹⁵, es decir adecúa la medida de sanción

locales. Feijoo argumenta que al ser obligatoria la imposición de estas sanciones sí podría aplicarse las reglas del artículo 66 bis del Código Penal.

¹⁹⁵ CANO CAMPOS, TOMÁS. (2018). *Sanciones administrativas*. (pág.133). En Madrid: Francis Lefevre.

a la infracción cometida. De todo lo mencionado se desprende que la determinación de la sanción administrativa se obtiene tras la realización de tres pautas: el concurso de normas, el concurso de infracciones y los criterios de la ley sectorial que gradúa la sanción que vaya a imponerse.

La LRJSP regula en los apartados 5 y 6 del artículo 29¹⁹⁶ los casos de un concurso real (supuestos en los que se realizan infracciones continuadas o un concurso medial de infracciones), aunque no explica la sanción que debe imponerse. Por su parte, el caso de un concurso aparente de normas no es regulado por algún precepto que establezca las reglas que permitan dar solución a este supuesto, ni mucho menos existe algún artículo general que determine la sanción que debe imponerse en este caso. Aunque el principio del *no bis in idem* (prohibición de sancionar cuando existe una identidad de sujeto, de hecho y de fundamento¹⁹⁷) está reconocido por el Tribunal Constitucional y es aplicable en el derecho administrativo, ya estudié cómo su aplicación no es tarea sencilla, ni está libre de dificultades. Es por ello que autores como Tomas Cano echan en falta que la normativa administrativa no estableciera de forma expresa las reglas para solucionar los casos de concursos de normas. Además la dispersión y falta de armonización entre las distintas leyes sectoriales favorecen el incremento de los casos de concurso de normas. Como mencioné anteriormente, la falta de coordinación entre las normativas administrativas hace que muchas veces se produzca el curioso fenómeno de que un hecho será tipificado por leyes sectoriales de forma distintas (por ejemplo siendo grave para un sector o muy grave para otro sector); surge así otro problema cuando estas leyes consideran los mismos supuestos de hecho: evidentemente sólo existiría una sola infracción, porque el contenido del hecho

¹⁹⁶ Apartados 5 y 6 del artículo 29.3 de la Ley de Régimen Jurídico del Sector Público 40/2015, de 1 de octubre:

“5. Cuando de la comisión de una infracción derive necesariamente la comisión de otra u otras, se deberá imponer únicamente la sanción correspondiente a la infracción más grave cometida.

6. Será sancionable, como infracción continuada, la realización de una pluralidad de acciones u omisiones que infrinjan el mismo o semejantes preceptos administrativos, en ejecución de un plan preconcebido o aprovechando idéntica ocasión.”

¹⁹⁷ Vid. Apartado C de este capítulo de la tesis.

infractor ya había sido valorado por una de las normativas anteriormente. Es cierto que el artículo 31.1 de la LRJSP¹⁹⁸ pondera ese problema y admite que en estos casos sólo debe aplicarse una sola sanción porque sólo se produjo una sola vulneración del ordenamiento jurídico, de lo contrario se permitiría una acumulación de imputaciones y castigos contra un mismo hecho infractor. Pero ello no soluciona el problema aludido: una falta de reglas expresas para saber cuál será la normativa sectorial aplicable en el caso de un concurso de normas, para posteriormente establecer la sanción que corresponde aplicar.

Actualmente una solución que se da a estos casos es aplicar las reglas y principios sobre competencia del derecho penal. Esto se puede ver, por ejemplo, a través del articulado de ciertas leyes como el artículo 16.1 de la Ley de la potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco¹⁹⁹ (de ahora en adelante LPSPV) que es casi una copia exacta del artículo 8 del Código Penal sobre aplicación preferente de normas. También está el artículo 31.1 de la Ley de protección de la seguridad ciudadana²⁰⁰ que, sobre la misma línea, intenta replicar lo establecido por el artículo 8 del Código Penal.

¹⁹⁸ Artículo 31.1 de la LRJSP 1/2015, de 1 de octubre: “1. No podrán sancionarse los hechos que lo hayan sido penal o administrativamente, en los casos en que se aprecie identidad del sujeto, hecho y fundamento.”

¹⁹⁹ Artículo 16.1 de la Ley de potestad sancionadora de las Administraciones Públicas de la Comunidad Autónoma del País Vasco 2/1998 de 20 de febrero: “1. Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos tipificadores de infracciones, ya sean de la misma o diferentes normas sancionadoras sectoriales, se sancionarán observando las siguientes reglas:

- a) El precepto especial se aplicará con preferencia al general.
- b) El precepto subsidiario se aplicará sólo en defecto del principal, ya se declare expresamente dicha subsidiariedad, ya sea ésta tácitamente deducible.
- c) El precepto más amplio o complejo absorberá a los que sancionen las infracciones consumidas en él.
- d) En defecto de los criterios anteriores, el precepto que tipifique la infracción penada con sanción más grave excluirá a los que tipifiquen infracciones penadas con sanción menor.”

²⁰⁰ Artículo 31.1 de la Ley de protección de seguridad ciudadana, 4/2015 de 30 de marzo: “1. Los hechos susceptibles de ser calificados con arreglo a dos o más preceptos de esta

U otra Ley se sancionarán observando las siguientes reglas:

- a) El precepto especial se aplicará con preferencia al general.
- b) El precepto más amplio o complejo absorberá el que sancione las infracciones consumidas en aquel.
- c) En defecto de los criterios anteriores, el precepto más grave excluirá los que sancionen el hecho con una sanción menor.”

El concurso de infracciones se produce cuando la actuación de un sujeto vulnera varias normas, lesionando varios bienes jurídicos y se procede en consecuencia a la aplicación de varias sanciones. Este tipo de concurso puede ser real, continuado, medial o ideal. Lo llamativo de estos casos de concursos de infracciones es que tampoco hay un consenso absoluto sobre cómo debe llevarse a cabo la determinación de la sanción que debe imponerse. Si bien en el supuesto de un concurso real, se acepta la acumulación de sanciones (prevista por ejemplo en el caso de la LPSPV en los apartados 1 y 3 de su artículo 17²⁰¹ y el artículo 55.5 de la Ley de evaluación ambiental 3/2013²⁰²). El concurso por infracción continuada y el concurso medial dan más problemas al momento de establecer la sanción que deba imponerse. Cano²⁰³ señala, apoyándose en la jurisprudencia del Tribunal Supremo (Sentencia del 30 de noviembre de 2004, EDJ 267822), la insuficiencia del artículo 29.6 de la LRJSP para dilucidar qué sanción administrativa corresponde en este supuesto, y concluye que por ahora habrá que llenar ese vacío con ayuda de criterios y principios como el de culpabilidad, <<la continuidad o persistencia en la conducta infractora>> y <<la naturaleza de los perjuicios causados>>. Respecto al concurso medial, el artículo 29.5 de la LRJSP indica que debe imponerse el castigo que corresponda a la infracción más grave, pero esto no soluciona nada porque, como dije antes, las leyes sectoriales tienen un tratamiento muy variado sobre la gravedad de sus infracciones y sus castigos, pudiéndose dar el caso de que aunque

²⁰¹ Artículo 17. 1 y 3 de la LPSPV 2/1998 de 20 de febrero: “1. Al responsable de dos o más infracciones se le impondrán todas las sanciones correspondientes a las diversas infracciones. [...]”

3. Ninguna rebaja se hará en atención al número o entidad de las sanciones que resulten de la aplicación del número uno de este artículo, sin perjuicio de lo establecido en el artículo 15 de esta ley.”

²⁰² Artículo 55.5 de la Ley de evaluación ambiental 3/2013 de 9 de diciembre: “5. En el caso de que un mismo infractor cometa diversas acciones susceptibles de ser consideradas como varias infracciones se impondrán tantas sanciones como infracciones se hubieran cometido. En el caso en que unos mismos hechos pudieran ser constitutivos de diversas infracciones, se impondrá la sanción correspondiente a la infracción más grave en su mitad superior. En el caso en que unos hechos fueran constitutivos de una infracción calificable como medio o instrumento para asegurar la comisión de otros hechos también constitutivos de infracción de modo que estos deriven necesariamente de aquellos, se impondrá la sanción más grave en su mitad superior.”

²⁰³ CANO CAMPOS, TOMÁS. (2018). Sanciones administrativas. (pág.140-143). En Madrid: Francis Lefevre.

se aplique el castigo de la infracción más grave, dicho castigo no será el más severo; Cano argumenta que en los casos de concurso medial, debe aplicarse el castigo más grave y no el castigo de la infracción más grave, pero es evidente que la literalidad del artículo 29.5 también podría servir como base a quienes apoyen que deba aplicarse la sanción correspondiente a la infracción más grave. Finalmente el autor muestra como en el caso de concurso la solución está dividida en dos posturas al punto que incluso el Tribunal Supremo tiene jurisprudencia dividida al respecto: la sentencia del 9 de junio de 1999, EDJ 19671 respalda que se aplique la acumulación de sanciones en virtud de una aplicación subsidiaria del artículo 77 del Código Penal, y por otra parte la sentencia del 17 de febrero de 2003, Rec 1331/98 apunta a la aplicación de la sanción correspondiente a la infracción más grave.

La determinación de la medida exacta de sanción que debe imponerse por parte de la Administración lo estudiaré en detalle en un apartado posterior, porque forma parte del procedimiento administrativo sancionador. Sin embargo puedo adelantar que se trata del proceso a través del cual la Administración, dentro de los márgenes que le impone la ley sectorial que corresponda, concreta el castigo preciso que pretende aplicar a un sujeto, tomando en cuenta las circunstancias del hecho y las circunstancias del sujeto que no hayan sido valoradas por la ley. Es una actuación administrativa que siempre debe ser regida por el principio de proporcionalidad.

A partir de estas cuestiones generales, ya se puede observar que los problemas de carácter general que enfrentan la aplicación de penas para la persona jurídica y la aplicación de sanciones administrativas son diferentes. En el caso de la persona jurídica existe, dentro del articulado del Código Penal, un sistema de penas y un régimen de cómo aplicarlas; si la doctrina tiene divergencias es porque no hay un acuerdo unánime sobre si las penas para las personas jurídicas tienen todas la misma naturaleza y fin, llevando así a conclusiones diferentes respecto a los artículos que deben regir la aplicación de unas u otras penas. Esto no es así en el caso de sanciones administrativas porque directamente no hay un sistema general de reglas de aplicación de estas sanciones; el régimen de aplicación de las sanciones administrativas es diferente y está disperso en cada una de las leyes

sectoriales. Esta dispersión conduce a que el primer problema de aplicación que enfrentan las sanciones administrativas sea el de los supuestos de concursos, y las soluciones que se aportan para resolver este conflicto no encuentran un consenso porque tampoco la normativa administrativa contiene un régimen general determinando qué sanciones debe aplicarse. Esto no es un problema en el caso del derecho penal porque el Código penal tiene una regulación para solucionar los casos de concursos.

Es cierto que estas primeras discrepancias genéricas por sí mismas no son una base sólida para determinar la existencia de una diferencia sustancial entre la pena para la persona jurídica y la sanción administrativa, pero sí son indicios de la existencia de dicha diferencia. Razonándolo de otra forma, si realmente la identidad sería absoluta entre aquellas penas y las sanciones administrativas, no existirían todas estas diferencias.

2.2 Estudio comparativo de las diferentes clases de penas para la persona jurídica y las sanciones administrativas

2.2.1 La multa

En el Código Penal, la pena de multa puede ser, tal como lo expone el artículo 33.7, por cuotas o proporcional. Todos los delitos que pueden ser imputados a la persona jurídica prevén la imposición de la pena de multa (con excepción del delito de cohecho cuya única pena obligatoria es la inhabilitación y los delitos relativos a grupos criminales y terrorismo castigados con la disolución de la persona jurídica) y determinan si es por cuotas, proporcional o mixta. Sin embargo no hay un criterio de cómo el legislador optó por elegir los días multa para unos delitos o la multa proporcional para otros, y así lo entiende Patricia Faraldo Cabana²⁰⁴ al señalar que

²⁰⁴ FARALDO CABANA, PATRICIA. (2017). *¿Es la multa una sanción apropiada para las personas jurídicas*. En PÉREZ-CRUZ MARTÍN, AGUSTÍN JESÚS (dir.); NEIRA PENA, ANA MARÍA (coord.). *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*. (pág. 323). En Pamplona: Editorial Thomson Reuters.

la comisión de algunos delitos produce grandes beneficios económicos y hubiera sido más coherente establecer en esos supuestos una multa proporcional y no una por cuotas, como es el caso del blanqueo de capitales o los delitos contra la propiedad industrial y relativos al mercado y a los consumidores. También encuentra a faltar la autora está la explicación de la razón por la que ciertos delitos, por ejemplo el mismo delito de blanqueo de capitales, son castigados con una multa proporcional si se trata de una persona física pero con una multa por cuotas si se trata de una persona jurídica.

Una característica de la pena de multa para la persona jurídica es que su determinación no siempre toma como única referencia a esta entidad, sino que existen ocasiones en las que esta pena será determinada usando como referencia a la persona física. Existen tres supuestos en los que la multa usa como referencia a la persona física para ser determinada:

- Cuando no sea posible utilizar la multa proporcional porque no se puede determinar la cifra que sirve como base para efectuar el cálculo, el artículo 52.4²⁰⁵ permite imponer la multa por cuotas cuya duración se vincula a la que queda establecida para la persona física: multa de dos a cinco años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años; multa de uno a tres años, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años no incluida en el inciso anterior; multa de seis meses a dos años, en el resto de los casos. La pena de la persona física referida en el apartado 4 del artículo 52 del Código penal es aquella prevista en abstracto para el delito cometido; así lo entiende Faraldo, quien además critica que si existe una dificultad para calcular el tanto de la multa proporcional también existirá la misma dificultad para calcular la multa por cuotas porque la extensión temporal se determina

²⁰⁵ Artículo 52.4 del Código Penal: “En los casos en los que este Código prevé una pena de multa para las personas jurídicas en proporción al beneficio obtenido o facilitado, al perjuicio causado, al valor del objeto, o a la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, de no ser posible el cálculo en base a tales conceptos, el Juez o Tribunal motivará la imposibilidad de proceder a tal cálculo y las multas previstas se sustituirán por las siguientes [...]”.

con ayuda de criterios como el perjuicio causado, el beneficio obtenido, etc²⁰⁶.

- Los apartados 1 y 2 del artículo 288 del Código Penal establecen lo siguiente:
“[...] Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Capítulo, se le impondrán las siguientes penas:
1.º En el caso de los delitos previstos en los artículos 270, 271, 273, 274, 275, 276, 283 y 286:
a) Multa del doble al cuádruple del beneficio obtenido, o que se hubiera podido obtener, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años.
b) Multa del doble al triple del beneficio obtenido, favorecido o que se hubiera podido obtener, en el resto de los casos.
2.º En el caso de los delitos previstos en los artículos 277, 278, 279, 280, 281, 282, 282 bis, 284, 285, 285 bis, 285 quater y 286 bis al 286 quater:
a) Multa de dos a cinco años, o del triple al quíntuple del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, cuando el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de más de dos años de privación de libertad.
b) Multa de seis meses a dos años, o del tanto al duplo del beneficio obtenido o que se hubiere podido obtener si la cantidad resultante fuese más elevada, en el resto de los casos [...]”.

Como se puede observar, en los delitos contra la propiedad intelectual e industrial, el mercado y los consumidores se viene a utilizar como referencia la pena prevista en abstracto para la persona física para fijar el múltiplo calculador para determinar la pena proporcional a la persona jurídica. Lo

²⁰⁶ Vid. Supra 204.

mismo sucede en los delitos contra la Hacienda y la Seguridad Social²⁰⁷ en los que si la pena en abstracto para la persona física es superior a dos años entonces el factor multiplicador podrá ser del doble, y del doble al cuádruple cuando la pena prevista para la persona física sea mayor de cinco años.

- El tercer caso en el que el Código Penal tiene en cuenta a la persona física, para determinar la pena de multa que la persona jurídica deberá pagar, es introducido por el artículo 31 ter. Es un caso de compensación que obliga a los Tribunales a modular las cuantías de las multas impuestas a la persona jurídica y a la persona física debido a que el patrimonio de ambas se encuentra, en cierta forma, fusionado. Según Feijoo Sánchez²⁰⁸, los Tribunales deben realizar esta compensación cuando la multa impuesta a los patrimonios de la persona física y jurídica resulte en desproporción. Sería este criterio de desproporción lo que, por un lado, permitiría poner un límite a la libertad de apreciación que tendrían los Tribunales para aplicar o no la compensación y, por otro lado, evitaría que se diera un supuesto de bis in idem, que es lo que pretendió evitar el legislador cuando introdujo el artículo 31 ter en el Código Penal en la modificación del 2015. Sin embargo, aunque esta modulación fue introducida para la responsabilidad penal de la persona jurídica, no es exclusiva para esta clase de persona sino que también se aplica en la multa de la persona física; cuando el Código Penal habla de “las respectivas cuantías” obliga a los Tribunales a realizar la compensación en ambas multas, aunque eso no significa que la compensación deba ser la

²⁰⁷ Artículo 310 bis del Código Penal: “Cuando de acuerdo con lo establecido en el artículo 31 bis una persona jurídica sea responsable de los delitos recogidos en este Título, se le impondrán las siguientes penas:

a) Multa del tanto al doble de la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de dos años.

b) Multa del doble al cuádruple de la cantidad defraudada o indebidamente obtenida, si el delito cometido por la persona física tiene prevista una pena de prisión de más de cinco años [...].”

²⁰⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO JOSÉ; BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL; GOMEZ-JARA DÍEZ, CARLOS. (2016). *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. (pág.278-279). En Pamplona: Editorial Thomson Reuters.

misma para ambas personas porque sus capacidades económicas pueden ser distintas (y en la mayoría de casos serán diferentes).

Hay otra parte de la doctrina, como lo expone Faraldo²⁰⁹, que no está de acuerdo con esta noción de compensación, o en general con la presencia del artículo 31 ter del Código Penal. Para los autores de esta posición no debería existir modulación porque la identidad subjetiva de la persona jurídica y la persona física son diferentes; pero ante la presencia del artículo 31 ter, explican que no debería considerarse una modulación en razón del patrimonio de la persona jurídica y física, sino en razón de una desproporción de las multas impuestas con la gravedad de los hechos cometidos; se suma a esta postura la crítica de que bastaría para cumplir con esta modulación el sólo modificar una de las multas y no ambas. Independientemente de la posición que se quiera adoptar, lo cierto es que el artículo 31 ter está vigente y obliga a llevar a cabo una modulación de la pena de multa de la persona jurídica, usando como referencia para esta variación a la persona física; y esta característica, criticada o no, es la que distingue a la pena de multa.

En el caso de la multa administrativa puede ser fija o proporcional. La primera diferencia formal es que no existe un sistema de días-multa. Pero esta es una consecuencia de una diferencia más sustancial, que es que la multa administrativa bajo ninguna circunstancia puede utilizar como referencia a la persona física para determinar su cuantía. Como estudié en el caso de la pena de multa, esta referencia a la persona física es lo que muchas veces permite determinar la multa de la persona jurídica; al no ser un criterio utilizado en la multa administrativa, resulta obvio que no procederá un sistema como el de días-multa. También en el caso de la multa administrativa proporcional queda descartado el uso de la referencia a la persona física para calcular la suma final. La razón de esta forma de operar de la multa administrativa se entiende si se observa el artículo 29.2 de la LRJSP: la multa administrativa busca que la comisión de la infracción no sea más beneficiosa para

²⁰⁹ FARALDO CABANA, PATRICIA. (2015). *Las penas*. En JUANES PECES, ÁNGEL (dir.); DIEZ RODRIGUEZ, ELENA (coord.). *Responsabilidad Penal y Procesal de las personas jurídicas*. (pág. 128-130). En Madrid: Editorial Francis Lefebvre.

el autor de la infracción que cumplir con la normativa; es decir, la multa administrativa pretende, como objetivo principal, restablecer a su orden natural la situación alterada por la infracción cometida. Ese no es el caso de la pena de multa, aunque ya lo analizaré en el siguiente capítulo, porque el restablecer las cosas a su orden es un objetivo secundario para la pena de multa; la construcción de la pena de multa no gira en torno a si su imposición permitirá revertir la situación provocada por el delito cometido.

Como Cano apunta²¹⁰, la modificación de la multa administrativa se puede llevar a cabo para actualizarla conforme al índice de precio al consumo, mediante un Real Decreto. Este escenario es inimaginable en el ámbito penal, primero porque el índice de precio al consumo no es un factor para determinar la pena de multa, y por otro porque dejar la determinación de la pena de multa en manos de un Real Decreto sería anticonstitucional y vulneraría derechos fundamentales. Por lo tanto, los intereses y los objetivos por los que velan la pena de multa y la multa administrativa son diferentes.

La multa para la persona jurídica como sanción penal guarda, como acabo de analizar, ciertas diferencias respecto a su contraparte como sanción administrativa. Si hubiera una identidad sustancial entre ambas sanciones entonces no habría margen para la entrada de estas diferencias que hemos ido señalando a lo largo del apartado.

2.2.2 Prohibición de realizar determinadas actividades

La pena de prohibición de realizar determinadas actividades puede ser permanente, en los casos de multirreincidencia o cuando la actividad ilegal de la persona jurídica supere a la actividad legal, o temporal que no podrá ser superior a quince años (en principio el límite máximo es de dos años, pero si la persona jurídica es reincidente la pena se puede ampliar hasta un máximo de cinco años, y si la persona

²¹⁰ CANO CAMPOS, TOMÁS. (2018). Sanciones administrativas. (pág.126). En Madrid: Francis Lefevre.

jurídica es multirreincidente o su actividad es preferentemente ilegal el plazo máximo se puede ampliar hasta los 15 años). La prohibición debe recaer sobre actividades en cuyo ejercicio se cometió, favoreció o encubrió el delito; muchos autores como Feijoo²¹¹ están de acuerdo en que la sentencia que imponga esta pena debe aclarar qué actividades están prohibidas de realizarse por parte de la persona jurídica. También la mayoría de autores sostiene que la prohibición de actividades y la pena de suspensión tienen el mismo contenido y sólo se diferencian por el límite temporal de cada una.

La prohibición de realizar determinadas actividades como sanción administrativa también puede ser temporal o permanente. Como lo describe Cano²¹² se trata de una prohibición de realizar actividades de carácter privado, que de no existir dicha prohibición la persona sancionada podría llevar a cabo en virtud de su libertad o de una libertad específica (conducción, caza, abrir un negocio, etc). Para establecer la prohibición administrativa se pueden utilizar varios caminos: a través de una suspensión o revocación de títulos habilitantes o cualquier tipo de permiso administrativo que permita el ejercicio de una determinada actividad; suspendiendo o declarando la pérdida de eficacia de una actuación previa del particular, que es necesaria para realizar la actividad que se prohíbe; o de forma más sencilla declarando la prohibición de la actividad en la resolución administrativa.

Se puede resaltar que en el ámbito administrativo se tiene mucho más clara la forma en la que se puede ejecutar la prohibición de actividades. El Código Penal no dice nada sobre cómo llevar a cabo la pena de prohibición de actividades o qué hacer si la persona jurídica condenada no cumple con esta prohibición. La doctrina ha intentado solucionar parte de este problema, por ejemplo Cabana²¹³ entiende que

²¹¹ FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO JOSÉ; BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL; GOMEZ-JARA DÍEZ, CARLOS. (2016). Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. (pág.288). En Pamplona: Editorial Thomson Reuters.

²¹² CANO CAMPOS, TOMÁS. (2018). Sanciones administrativas. (pág.127-128). En Madrid: Francis Lefevre.

²¹³ FARALDO CABANA, PATRICIA. (2015). *Las penas*. En JUANES PECES, ÁNGEL (dir.); DIEZ RODRIGUEZ, ELENA (coord.). *Responsabilidad Penal y Procesal de las personas jurídicas*. (pág. 143-144). En Madrid: Editorial Francis Lefevre.

cuando la pena de prohibición recaiga sobre actividades que forman parte del objeto social de una sociedad mercantil, entonces el juez deberá ordenar que se lleva a cabo una modificación del objeto social de la sociedad en cuestión, y que dicha modificación sea registrada en el Registro Mercantil. Parece que el modo en que la prohibición se deberá cumplir debe ser analizado y detallado por el Tribunal que dicte la sentencia, pudiendo hacer uso de los medios pertinentes que vea convenientes.

Lo que se acaba de mencionar no es suficiente para hablar de una diferencia sustancial entre la prohibición como pena y como sanción administrativa. Parece evidente que dicha prohibición podría recaer sobre las mismas actividades en el caso pena o en el caso administrativo. Tampoco hay una diferencia temporal porque ambas pueden ser temporales o definitivas. Sorprende también que en el campo administrativo se tenga una noción más clara de cómo se puede llevar a cabo la ejecución de la prohibición; en sentido opuesto del Código Penal en el que el legislador se olvidó de detallar un aspecto tan crucial como lo es la ejecución de una pena. Otra evidencia de esta falta de atención del legislador es la similar regulación, que fue mencionada, entre la pena de suspensión y la de prohibición; y concuerdo plenamente con la posición doctrinal que indica que la única diferencia entre ambas penas es simplemente la duración temporal.

Pero la prohibición de actividades no es la única pena que comparte un contenido similar con su contraparte administrativa. A continuación veré otros casos iguales.

2.2.3 La clausura de locales y establecimientos

La pena del artículo 33.7.d del Código Penal consiste en impedir el acceso y la utilización de instalaciones, ya sean propiedad de la persona jurídica o simplemente los esté utilizando en virtud de un título jurídico. La Circular 1/2011 de la FGE²¹⁴ fue

²¹⁴ Circular 1/2011 de la FGE, pág. 66: “En este sentido, y atendiendo al concreto perfil de la persona jurídica, se le podrá prohibir realizar cualquier tipo de actividad relativa a un determinado sector o especificar una concreta y específica actividad”.

clara al apuntar que la prohibición debería recaer sobre locales y establecimiento relacionados con la actividad delictiva. El plazo máximo de esta pena es de 2 años, y de forma excepcional 5 años, cuando la persona jurídica es reincidente o su actividad ilegal es mayor que su actividad legal. Comparto plenamente la opinión de aquellos que se posicionan a favor de un cierre sólo de aquellos establecimientos en los que se produjo la actividad delictiva porque, como lo indica Gimeno²¹⁵, imponer el cierre de todos los locales de la persona jurídica sería equivalente a imponerle una pena de disolución camuflada, difícilmente puede existir un escenario en el que la persona jurídica pueda seguir funcionando si no tiene un lugar físico para llevar a cabo sus actividades lícitas.

La clausura de locales y establecimientos como sanción administrativa opera y tiene un contenido muy similar al de la pena. Coincide plenamente en que el cierre debe afectar al lugar dónde se cometió la infracción. Como lo explica Rebollo²¹⁶, para que se aplique la prohibición es necesario señalar un espacio físico determinado y que la actividad infractora se llevara a cabo en ese espacio físico. Esto permite distinguir esta prohibición de otros supuestos en los que el cierre es producto de que el espacio físico no reúne los requisitos necesarios o está viciado de defectos para ser el centro de las operaciones de un sujeto. Este autor hace énfasis en que el cierre de locales es un castigo que se imparte al infractor, y busca neutralizar la conducta de este último entendiendo que si no puede utilizar el local entonces no podrá continuar cometiendo infracciones.

Al tener tanto la pena como la sanción administrativa el mismo contenido se enfrentan a las mismas problemáticas. Tanto la doctrina administrativa como penal han intentado responder al supuesto de que se lleven a cabo otras actividades (distintas de la que dio lugar a la infracción) en el lugar precintado. La solución

²¹⁵ GIMENO BEVIÁ, JORDI. (2016). *Compliance y Proceso Penal. El proceso penal de las personas jurídicas*. (pág. 324-325). En Pamplona: Editorial Thomson Reuters.

²¹⁶ REBOLLO PUIG, MANUEL. (2001). *El contenido de las sanciones*. Justicia Administrativa. ISSN 1139-4951, nro. Extra 1. (pág. 186-188).

administrativa, según Cano²¹⁷, y penal, de acuerdo a Cabana²¹⁸ es la misma, la persona jurídica o el infractor podrían realizar otras actividades lícitas dentro del espacio en el que recae la prohibición, o podrían poner el espacio físico al servicio de un tercero para que pudiera hacer uso de él; si la prohibición impidiera a otros sujetos llevar a cabo actividades dentro de ese espacio se estaría ante una responsabilidad *ob rem*. No tendría sentido que esa prohibición afectara a terceros, como podría ser el caso de un propietario que alquiló su terreno al infractor o a la persona jurídica que delinquiró y vería afectado su derecho a poder disponer de su propiedad en virtud de un pena o sanción administrativa ajenas a él.

Como con la mayoría de las penas b) a g) del artículo 33.7, el Código Penal no establece cómo debe operar el cierre de locales y establecimientos. Cabana²¹⁹ propone constituir una comisión judicial en la sede social de la persona jurídica y en los locales donde se realizó el delito, procediéndose a precintar las dependencias afectadas por la sentencia condenatoria; la afectación debería a continuación constar en los Registros públicos correspondientes; y si hiciera falta las Fuerzas y Cuerpos de Seguridad deberían vigilar, en los tiempos y formas indicados por la sentencia, que se cumpla con el cierre efectivo durante el periodo que dure la condena.

2.2.4 La inhabilitación

En el artículo 33.7.f del Código Penal se recoge la pena de inhabilitación que abarca tres supuestos:

- La obtención de subvenciones y ayudas públicas.

²¹⁷ CANO CAMPOS, TOMÁS. (2018). Sanciones administrativas. (pág.128-129). En Madrid: Francis Lefevre.

²¹⁸ FARALDO CABANA, PATRICIA. (2015). *Las penas*. En JUANES PECES, ÁNGEL (dir.); DIEZ RODRIGUEZ, ELENA (coord.). *Responsabilidad Penal y Procesal de las personas jurídicas*. (pág. 142-143). En Madrid: Editorial Francis Lefebvre.

²¹⁹ Idem. pág. 143.

- La contratación con el sector público.
- El disfrute de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social.

En la sentencia se pondrá imponer una, varias o todas las inhabilitaciones mencionadas; la valoración del Tribunal deberá considerar, de acuerdo al principio de proporcionalidad, qué medidas serían suficientes para paralizar la actividad delincencial de la persona jurídica, por lo que imponer las tres formas de inhabilitación sería el último recurso si no hubiera otra solución al problema delincencial que presenta la persona jurídica. El plazo máximo de la inhabilitación es de 2 años, que se podrá prolongar a 5 años si la persona jurídica es reincidente y a quince años si la persona jurídica es multirreincidente.

Es una norma penal en blanco porque para determinar qué se debe entender por subvenciones, ayudas públicas, contratación con la Administración y beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social hay que acudir a normativa extra penal, dicho de otra manera a obligadas remisiones. Las subvenciones están definidas por el artículo 2.1 de la Ley General de Subvenciones²²⁰, aunque autores como Cabana²²¹ creen que es necesario un concepto más amplio de subvenciones, la definición de la Ley General de Subvenciones es lo suficientemente amplia, y el Código Penal hace referencia a las <<ayudas públicas>> para intentar solucionar

²²⁰ Artículo 2.1 de la Ley General de Subvenciones 38/2003, de 17 de noviembre: “Se entiende por subvención, a los efectos de esta ley, toda disposición dineraria realizada por cualesquiera de los sujetos contemplados en el artículo 3 de esta ley, a favor de personas públicas o privadas, y que cumpla los siguientes requisitos: a) Que la entrega se realice sin contraprestación directa de los beneficiarios. b) Que la entrega esté sujeta al cumplimiento de un determinado objetivo, la ejecución de un proyecto, la realización de una actividad, la adopción de un comportamiento singular, ya realizados o por desarrollar, o la concurrencia de una situación, debiendo el beneficiario cumplir las obligaciones materiales y formales que se hubieran establecido. c) Que el proyecto, la acción, conducta o situación financiada tenga por objeto el fomento de una actividad de utilidad pública o interés social o de promoción de una finalidad pública.”

²²¹ FARALDO CABANA, PATRICIA. (2015). *Las penas*. En JUANES PECES, ÁNGEL (dir.); DIEZ RODRIGUEZ, ELENA (coord.). *Responsabilidad Penal y Procesal de las personas jurídicas*. (pág. 145-146). En Madrid: Editorial Francis Lefebvre.

Para la autora la subvención debería ser “todo acto dispositivo realizado por la Administración pública, del que deriva un beneficio económico para el particular, que no genera en el beneficiado la obligación de devolver lo recibido, destinado al fomento de una determinada actividad de interés público o social”. Aunque si se entiende que esta definición no está ya aludida con el artículo 2.1 de la Ley General de Subvenciones, sería suficiente con el término abierto de <<ayudas públicas>> que utiliza el Código Penal para poner fin a cualquier duda.

cualquier discrepancia que se pudiera dar, y así reagrupar dentro de la inhabilitación algunos supuestos dudosos que para algunos no podrían ser considerados como subvenciones. En cuanto a la contratación pública, la regulación se encuentra en la Ley de Contratos del Sector Público que dispone en los apartados 1 y 2 de su artículo 2 lo siguiente: “1. Son contratos del sector público y, en consecuencia, están sometidos a la presente Ley en la forma y términos previstos en la misma, los contratos onerosos, cualquiera que sea su naturaleza jurídica, que celebren las entidades enumeradas en el artículo 3. Se entenderá que un contrato tiene carácter oneroso en los casos en que el contratista obtenga algún tipo de beneficio económico, ya sea de forma directa o indirecta. 2. Están también sujetos a la presente Ley, en los términos que en ella se señalan, los contratos subvencionados por entidades que tengan la consideración de poderes adjudicadores que celebren otras personas físicas o jurídicas en los supuestos previstos en el artículo 23 relativo a los contratos subvencionados sujetos a una regulación armonizada.” Los beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social no tienen una definición general, habrá que acudir a cada ley sectorial que regule estos beneficios e incentivos para determinarlos al momento de aplicar la inhabilitación.

La inhabilitación en el ámbito administrativo tiene un sentido más general, que Rebollo Puig²²² define como una afectación en la capacidad jurídica del infractor para entablar ciertos tipos de relaciones con la Administración. Y es un sentido más general porque la inhabilitación administrativa puede ir desde la incapacidad para contratar con la Administración hasta una inhabilitación para ser titular de autorizaciones y concesiones de dominio público. Es tan grande la variedad de lo que puede considerarse como inhabilitación que hay supuestos en los que puede consistir en un impedimento que concierne el ámbito estrictamente privado (afectado relaciones jurídico privadas). Sin embargo en los casos en los que la inhabilitación consiste propiamente en la prohibición de contratar con la Administración, obtener ayudas públicas o beneficios fiscales, el contenido de la sanción concuerda plenamente con el de la pena de inhabilitación; el propio Rebollo

²²² REBOLLO PUIG, MANUEL. (2001). *El contenido de las sanciones*. Justicia Administrativa. ISSN 1139-4951, nro. Extra 1. (pág. 186-188).

indica que en el caso de la contratación con la Administración habrá que acudir a lo que establece la Ley de Contratos del Sector Público. Como en el caso de la prohibición de actividades o el cierre de locales y establecimientos, la inhabilitación tiene un contenido tanto muy similar tanto en la versión administrativa como en la versión penal.

2.2.5 La intervención judicial

La intervención judicial es una pena que no tiene ninguna forma de contraparte administrativa como en el caso de la multa, la prohibición de actividades o la clausura de locales o establecimientos. Dentro del catálogo de penas del Código Penal la intervención judicial también es una novedad. El sólo hecho de que la normativa administrativa no contemple una sanción que tenga un mínimo de parecido con la intervención judicial es un indicador de una importante diferencia entre el sistema de penas y el sistema de sanciones administrativas; pero ahora veremos en qué consiste esta pena y cómo se diferencia de cualquier otra sanción administrativa y también del resto de penas para la persona jurídica.

El apartado g del artículo 33.7²²³ regula de forma extensa la pena de intervención; pero como lo indica Gil²²⁴, curiosamente a pesar de ser la pena con más regulación

²²³ Artículo 33.7 g) del Código Penal: “Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años.

La intervención podrá afectar a la totalidad de la organización o limitarse a alguna de sus instalaciones, secciones o unidades de negocio. El Juez o Tribunal, en la sentencia o, posteriormente, mediante auto, determinará exactamente el contenido de la intervención y determinará quién se hará cargo de la intervención y en qué plazos deberá realizar informes de seguimiento para el órgano judicial. La intervención se podrá modificar o suspender en todo momento previo informe del interventor y del Ministerio Fiscal. El interventor tendrá derecho a acceder a todas las instalaciones y locales de la empresa o persona jurídica y a recibir cuanta información estime necesaria para el ejercicio de sus funciones. Reglamentariamente se determinarán los aspectos relacionados con el ejercicio de la función de interventor, como la retribución o la cualificación necesaria.”

²²⁴ GIL NOBAJAS, MARÍA SOLEDAD. (2016). *Consideraciones en torno a la imposición y determinación de penas interdictivas a personas jurídicas*. En LANDA GOROSTIZA, JON MIRENA (dir.); coord. GARRO CARRERA, ENARA y ORTUBA Y FUENTES GARRO (coord.) *Fuentes Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015*. (pag. 297-299). En Madrid: Editorial Dysinson.

de todo el catálogo de penas para la persona jurídica, es la que más dudas y conflictos suscita en su interpretación. No caben dudas de que su límite máximo es de 5 años, que debe perseguir principalmente la salvaguarda de los derechos de los trabajadores y de los acreedores. Tampoco hay discusiones sobre la posibilidad de que la intervención recaiga sobre parte de la organización de la persona jurídica o sobre la totalidad de esta; cobra sentido la precisión del artículo 33.7 g) del Código Penal cuando pueden darse muchos supuestos en los que la persona jurídica penada corresponda a una gran empresa o cuando haya una organización conformada por holdings, de esta forma la intervención sólo afectaría a las partes de la persona jurídica afectadas por el delito; algún autor como Gimeno²²⁵ entiende que en el supuestos de pequeñas y medianas empresas (PYMES de ahora en adelante), la intervención deberá afectar a la totalidad de la persona jurídica, debido a sus dimensiones relativamente pequeñas.

Las verdaderas dudas surgen cuando se debe definir cuál será el contenido de la sentencia y cuáles serán las funciones del interventor. El Código penal establece que será el Juez o Tribunal quien en la sentencia o mediante auto defina el contenido de la intervención, lo que ya desvela que definir ese contenido será problemático para el órgano judicial y por ello se le otorga un plazo de tiempo para poder razonar y plasmar su decisión en un auto posterior. La Fiscalía General del Estado²²⁶ intentó, aunque no con mucho éxito, aclarar cuál podía ser el contenido de esta intervención; sin embargo se limitó a exponer que la intervención podía ir desde el nombramiento y remoción de administradores hasta la mera supervisión de la actividad, y que el interventor tenía plenas facultades para acceder a la información de la persona jurídica y a sus instalaciones y locales. Son pocas indicaciones para el Juez o Tribunal que, a pesar de tener la obligación de razonar

²²⁵ GIMENO BEVIÁ, JORDI. (2016). *Compliance y Proceso Penal. El proceso penal de las personas jurídicas*. (pág. 328). En Pamplona: Editorial Thomson Reuters.

²²⁶ Circular 1/2011 de la FGE, pag. 69: “[...] el contenido de la intervención puede ir desde la remoción y sustitución de los administradores hasta la mera supervisión de la actividad. [...]. El interventor tiene el más amplio acceso a toda la información necesaria para el desarrollo de sus funciones, además de a las instalaciones y locales de la persona jurídica.”

y argumentar su decisión respecto al contenido de la intervención, goza de cierta flexibilidad para decidir sobre ella. La doctrina nuevamente ha intentado solventar el problema. Para Cabana²²⁷, al momento de diseñar el contenido de la intervención debe tenerse en cuenta el artículo 66 bis.1 que condiciona la imposición de una pena a su necesidad para prevenir la continuidad de la actividad delictiva de la persona jurídica, las consecuencias económicas y sociales de dicha pena y el puesto que ocupa dentro de la estructura de la persona jurídica la persona física que cometió el delito. Para Feijoo²²⁸, la intervención será diferente en cada caso porque cada persona jurídica es una realidad diferente y los delitos cometidos serán diferentes, por lo que es imposible tener un contenido predefinido. Sin embargo, la aplicación de esta pena tiene un problema cuando el artículo del Código Penal, en el que se regula, indica que las funciones del interventor se fijarán posteriormente; por un lado eso lleva a cierta doctrina, como la de Feijoo, a afirmar que actualmente la aplicación de la pena de intervención será imposible hasta que no apruebe ese reglamento, ya que el artículo 3 del Código Penal establece que las penas sólo podrán ejecutarse en las formas establecidas por Ley o por los Reglamentos que las desarrollen, haciendo de cualquier intento de aplicación una vulneración del principio de legalidad; luego hay otra posición de autores²²⁹ que defienden que a falta de reglamento entraría en juego una aplicación supletoria de la Ley de Enjuiciamiento Civil respecto a sus artículo 630 y siguientes sobre administración judicial. El Tribunal Supremo en su primera Sentencia sobre personas jurídicas²³⁰

²²⁷ FARALDO CABANA, PATRICIA. (2015). *Las penas*. En JUANES PECES, ÁNGEL (dir.); DIEZ RODRIGUEZ, ELENA (coord.). *Responsabilidad Penal y Procesal de las personas jurídicas*. (pág. 148). En Madrid: Editorial Francis Lefebvre.

²²⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO JOSÉ; BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL; GOMEZ-JARA DÍEZ, CARLOS. (2016). *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. (pág.290). En Pamplona: Editorial Thomson Reuters.

²²⁹ ROCA AGAPITO, LUIS. (2014). *Sanciones penales aplicables a las personas jurídicas*. En ONTIVEROS ALONSO, MIGUEL (coord.). *La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro*. (pág. 401-412). En Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

²³⁰ STS 154/2016 de 29 de febrero: “En otras ocasiones semejantes, no en ésta en la que no se formuló por la acusación pretensión alguna al respecto, se podría considerar también la oportunidad de aplicar la pena de intervención judicial de la persona jurídica que, según el propio art. 33.7 g) CP,

indicó la posibilidad de aplicar la intervención como sustitución de otras penas; lo que importa destacar de esa mención, por parte del Tribunal Supremo, es la posibilidad de aplicar la intervención judicial. Por lo tanto consideró que aunque queda mucho que determinar sobre la forma de aplicación de la intervención judicial, el Tribunal Supremo, contrariamente al pensamiento de Feijoo, abrió las puertas a poder aplicar hoy en día esta pena; el trabajo que queda por hacer será, como lo dije, desarrollar el modo de aplicación de esta pena.

Independientemente de todos los problemas y las dudas que existan sobre la intervención judicial, este castigo está presente dentro del catálogo de penas de las personas jurídicas y marca una clara diferencia con la sanción administrativa. Sobre esta diferencia es conciso pero determinante lo que se puede decir: no hay una sanción administrativa comparable a la intervención judicial. En consecuencia la intervención, como sanción penal, marca de forma innegable una separación sustancial con la sanción administrativa. Al igual que sucede con las penas de privación de libertad, cuyo monopolio corresponde a la jurisdicción penal, no debería haber obstáculo alguno para entender que la pena de intervención no tiene ni un mínimo de parecido con alguna sanción administrativa y es una figura exclusiva del Código Penal (la intervención judicial a la que hace referencia la Ley de Enjuiciamiento Civil, en sus artículos 630 y siguientes, no puede considerarse una figura análoga a la pena de intervención porque la primera tiene una naturaleza exclusivamente de medida cautelar; mientras que la intervención es ante que nada una pena, aunque también existan tendencias de usarla como medida cautelar en el proceso contra las personas jurídicas). Por ahora este punto, por sí sólo, no es suficiente para argumentar que la sanción penal y la sanción administrativa son sustancialmente diferentes. Sin embargo, se puede afirmar que no todas las sanciones administrativas tienen el mismo contenido que las penas para las personas jurídicas; por lo que quedaría desvirtuada cualquier pretensión de afirmar

tiene como principal finalidad "...salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años" .
Mecanismo que, así mismo, viene contemplado en el inciso segundo del apdo. 5 del art. 53 CP para aquellos supuestos en los que se produzca el impago de la multa, en el plazo señalado, por la persona jurídica a ella condenada."

en términos absolutos que la pena y la sanción administrativa son cualitativamente iguales.

Una consecuencia de esta diferenciación, y que es importante mencionar por su novedad, es la creación de la figura del interventor, o como algunos autores lo llaman <<Compliance Monitor>>²³¹. El interventor será quien ejecute el contenido de la sentencia o auto que desarrolle la forma de llevarse a cabo la intervención judicial. Al igual que la intervención, la actuación del interventor es un motivo de discusión en cuanto a sus potestades y su forma de actuación. Pero hay cierto consenso sobre algunas generalidades de esta especie de monitor: su derecho a acceder a todas las instalaciones o locales de la persona jurídica; derecho a recibir cualquier información que resulte necesaria para realizar sus funciones; es independiente de la persona jurídica y de cualquiera de sus órganos; rinde cuentas únicamente al Juez o Tribunal a través de informes periódicos; sus funciones y facultades pueden ser modificadas en cualquier momento por el órgano judicial.

Como estudiaré a continuación, la intervención no es la única pena para la persona jurídica que marca este tipo de diferencia con la figura de la sanción administrativa. Se trata de separaciones importantes para el presente estudio porque comienzan a enfatizar una verdadera diferenciación entre el instituto de la pena y el de la sanción administrativa.

2.2.6 La disolución

Se trata de la pena más grave que contiene el Código Penal para el caso de encontrar responsable penalmente a una persona jurídica. Equivale a una pena de muerte para la persona jurídica; con la disolución la persona jurídica, tal como lo dispone el artículo 33.7 b) del Código Penal, pierde su personalidad jurídica, queda imposibilitada de actuar en el tráfico jurídico o llevar cualquier clase de actividad.

²³¹ FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO JOSÉ; BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL; GOMEZ-JARA DÍEZ, CARLOS. (2016). Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. (pág.290). En Pamplona: Editorial Thomson Reuters.

Como el impacto de disolver una persona jurídica sería muy grave para terceros, la aplicación de esta pena sólo es posible cuando se cumplen una serie de requisitos (independientemente de los delitos de terrorismo y organizaciones y grupos criminales, el delito de depósito de armas, municiones o explosivos y los delitos de asociación ilícita que conllevan la imposición obligatoria de la pena de disolución²³²):

- Uno de estos dos requisitos debe cumplirse: persona jurídica sea criminalmente instrumentalizada; o que la persona jurídica sea multirreincidente (es decir que la persona jurídica haya sido condenada ejecutoriamente por tres delitos del mismo título y la misma naturaleza).
- Deben ponderarse los siguientes tres elementos: que exista la necesidad de interrumpir la continuidad delictiva o sus efectos; el impacto social que tendría la desaparición de la persona jurídica; el puesto que ocupa, dentro de la organización de la persona jurídica, la persona física que cometió el delito.

De lo dicho parecería que si se cumple estos requisitos resultaría normal la aplicación de la pena de disolución. Pero la realidad es distinta y la pena de disolución sólo se aplica para los casos en los que la persona jurídica no es más que una pantalla o fachada para la realización de actividades criminales. Esta es la interpretación que hacen algunos autores, como Faraldo²³³, respecto al artículo 33.7 b) cuando dispone que <<la persona se utilice instrumentalmente para la comisión de ilícitos penales>> y cuando <<la actividad legal de la persona jurídica sea menos relevante que su actividad ilegal >>.

²³² Artículo 520 del Código Penal: “Los Jueces o Tribunales, en los supuestos previstos en el artículo 515, acordarán la disolución de la asociación ilícita y, en su caso, cualquier otra de las consecuencias accesorias del artículo 129 de este Código”.

Artículo 590 del Código Penal: “Los depósitos de armas, municiones o explosivos establecidos en nombre o por cuenta de una asociación con propósito delictivo, determinarán la declaración judicial de ilicitud y su consiguiente disolución.”

Artículo 570 quater.1 del Código Penal: “Los jueces o tribunales, en los supuestos previstos en este Capítulo y el siguiente, acordarán la disolución de la organización o grupo y, en su caso, cualquier otra de las consecuencias de los artículos 33.7 y 129 de este Código.”

²³³ FARALDO CABANA, PATRICIA. (2015). *Las penas*. En JUANES PECES, ÁNGEL (dir.); DIEZ RODRIGUEZ, ELENA (coord.). *Responsabilidad Penal y Procesal de las personas jurídicas*. (pág. 139-141). En Madrid: Editorial Francis y Taylor.

Pero el Tribunal Supremo en las pocas sentencias que ha dictado²³⁴, y siguiendo igualmente el razonamiento de la FGE²³⁵, respecto a estas sociedades pantalla sostiene que, debido a que la actividad lícita de la persona jurídica no es más que una apariencia y a lo que realmente se dedica es a actividades delictivas, no procede la aplicación del artículo 31 bis del Código Penal; entendiendo que este artículo no está pensado para este tipo de sociedades. Según este razonamiento parecería que la disolución se podría aplicar en otros supuestos (aparte de aquellos en los que la disolución es una pena obligatoria) si se cumplen los requisitos que mencionamos previamente; pero hasta el día de hoy ningún órgano judicial ha

²³⁴ STS 154/2016 de 29 de febrero: “[...] la sociedad meramente instrumental, o "pantalla ", creada exclusivamente para servir de instrumento en la comisión del delito por la persona física, ha de ser considerada al margen del régimen de responsabilidad del artículo 31 bis, por resultar insólito pretender realizar valoraciones de responsabilidad respecto de ella, dada la imposibilidad congénita de ponderar la existencia de mecanismos internos de control y, por ende, de cultura de respeto o desafección hacia la norma, respecto de quien nace exclusivamente con una finalidad delictiva que agota la propia razón de su existencia y que, por consiguiente, quizás hubiera merecido en su día directamente la disolución por la vía del artículo 129 del Código Penal , que contemplaba la aplicación de semejante "consecuencia accesoría" a aquellos entes que carecen de una verdadera personalidad jurídica en términos de licitud para desempeñarse en el tráfico jurídico o, en su caso, la mera declaración de su inexistencia como verdadera persona jurídica, con la ulterior comunicación al registro correspondiente para la anulación, o cancelación, de su asiento. A este respecto la propia Fiscalía, en su Circular 1/2016, aporta para supuestos futuros semejantes una solución solvente y sobre todo procesalmente muy práctica, extraída de planteamientos propuestos por la más acreditada doctrina científica, cuando en sus págs. 27 y siguientes dice así: "Junto a las sociedades que operan con normalidad en el tráfico jurídico mercantil y en cuyo seno se pueden producir comportamientos delictivos, existen otras estructuras societarias cuya finalidad exclusiva o principal es precisamente la comisión de delitos. El régimen de responsabilidad de las personas jurídicas no está realmente diseñado para ellas (supervisión de los subordinados, programas de cumplimiento normativo, régimen de atenuantes...) de tal modo que la exclusiva sanción de los individuos que las dirigen frecuentemente colmará todo el reproche punitivo de la conducta, que podrá en su caso completarse con otros instrumentos como el decomiso o las medidas cautelares reales. Se entiende así que las sociedades instrumentales aunque formalmente sean personas jurídicas, materialmente carecen del suficiente desarrollo organizativo para que les sea de aplicación el art. 31 bis, especialmente tras la completa regulación de los programas de cumplimiento normativo. Con anterioridad a la introducción de estos programas, ya advertía la Circular 1/2011 que no se precisaba imputar necesariamente a la persona jurídica en aquellos casos en los que se detectara la existencia de sociedades pantalla o de fachada, caracterizadas por la ausencia de verdadera actividad, organización, infraestructura propia, patrimonio etc., utilizadas como herramientas del delito o para dificultar su investigación. Nada impide -se dice en esta Circular- el recurso a la figura de la simulación contractual o a la doctrina del levantamiento del velo. El rechazo a la imputación de la persona jurídica en los referidos supuestos tiene una indiscutible trascendencia procesal pues esta resulta privada de los derechos y garantías que, a semejanza de la imputada persona física, 31 JURISPRUDENCIA fueron introducidos en la Ley de Enjuiciamiento Criminal por la Ley 37/2011, de 10 de octubre, de medidas de agilización procesal."

²³⁵ Circular 1/2016 de la FGE (pág. 27 y siguientes).

impuesto una pena de disolución debido a que, a la hora de valorar el impacto social que tendría esta pena, consideran que si existe un mínimo de actividad legal, porque hay trabajadores que dependen de la actividad legal de la persona jurídica y respecto a los que cumplen todas las normativas correspondientes, se produciría un daño irreversible e innecesario con la disolución. Constitucionalmente no deberían haber problemas con la imposición de una pena de disolución porque como lo explica Gimeno²³⁶, si ya en el ámbito civil se puede imponer la disolución de una empresa por la vulneración de alguna norma imperativa, entonces tampoco podría resultar inconstitucional, frente a quien pueda considerar que se vulnera el derecho a la libertad de empresa o el derecho al patrimonio, la imposición de una disolución, cuando la persona jurídica es culpable de un delito y es penada a través de una sentencia suficientemente motivada y basada en el principio de proporcionalidad.

Como en el caso de la pena de intervención, también existen dudas sobre el modo de ejecución de la disolución penal. El legislador repitió el mismo error y dejó de lado la regulación de la forma en que debería llevarse a cabo la disolución. Una vez más, la doctrina ha intentado resolver el problema: para quienes estudian el tema de las penas de la persona jurídica, el artículo 33.7 b) del Código penal debe ser completado con una remisión a la normativa que rija la disolución de la persona jurídica según su naturaleza; Álvarez Alarcón²³⁷ explica que en el caso de sociedades de capital hay que acudir a los que establece la Ley de Sociedades de Capital (LSC de ahora en adelante) sobre liquidación y disolución de este tipos de sociedades. De esta forma, la sentencia de disolución podrá ser firme pero no surtirá efectos frente a terceros hasta que no se inscriba la cancelación de la persona jurídica (en el caso de ser una sociedad de capital) en el Registro Mercantil.

²³⁶ GIMENO BEVIÁ, JORDI. (2016). *Compliance y Proceso Penal. El proceso penal de las personas jurídicas*. (pág. 318). En Pamplona: Editorial Thomson Reuters.

²³⁷ ÁLVAREZ ALARCÓN, ARTURO. (2017). *Sobre la ejecución penal de las personas jurídicas*. En PÉREZ-CRUZ MARTÍN, AGUSTÍN JESÚS (dir.); NEIRA PENA, ANA MARÍA (coord.). *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*. (pág. 351-355). En Pamplona: Editorial Thomson Reuters.

Siguiendo esa línea de pensamiento, para la extinción de sociedades civiles debería seguirse lo que establezca el Código Civil sobre liquidación y posterior disolución. El mayor problema en estos casos será el régimen de liquidación de las personas jurídicas, ya que durante esta etapa deben realizarse algunos actos en el tráfico jurídico para poder concretar la efectiva disolución²³⁸.

A pesar de todos estos aparentes problemas respecto a la aplicación de la pena de disolución, lo destacable es que no existe ninguna sanción administrativa que conduzca a la disolución de una parte o del total de una persona jurídica. La disolución es otra pena exclusiva del derecho penal. Si la pena más grave para la persona física es la privación de libertad, la pena más grave para la persona jurídica es la disolución; es esta gravedad la que lleva a que el ordenamiento penal tenga el monopolio de la pena de disolución. Es cierto que no existe un mandato constitucional, como en el caso de la pena privativa de libertad, de que sólo en el derecho penal pueden imponerse castigos de disolución. Pero ello es una consecuencia del principio de *ultima ratio*. Ante una postura que ponga en duda la vigencia de este principio, la pena de disolución es una clara prueba de lo contrario. Sólo a través del Derecho Penal se pueden imponer los castigos más graves, y si el Derecho Administrativo no cuenta con sanciones que sí están presentes en la rama jurídica penal significa que esas sanciones administrativas no son las más graves dentro del ordenamiento jurídico. Dos sanciones que tengan una gravedad

²³⁸ Con la sentencia de disolución la persona jurídica no se disuelve en ese mismo instante. Se deberá abrir el periodo de liquidación (en el caso de sociedades de capital), durante el cual la persona jurídica aún conservará su personalidad jurídica. También la Circular 1/2011 de la FGE entiende que para llevar a cabo todo este proceso de liquidación y disolución habrá que estar a lo establecido por la normativa civil, mercantil y societaria correspondiente. Pero eso no resuelve problemas como los de competencia, cuando por ejemplo la LSC establece que los encargados de la liquidación serán designados por los tribunales mercantiles competentes: así queda la duda de si la competencia de los jueces y tribunales penales acaba con la sentencia condenatoria de disolución o si deben actuar como lo harían los jueces y tribunales mercantiles y dirigen tanto la liquidación como la efectiva disolución. Con la normativa actual, debería entender que hay que dividir la competencia de la disolución entre tribunales penales y mercantiles, ya que el artículo 86 ter.2 a) de la Ley Orgánica del Poder Judicial expone claramente que: "Los Juzgados de lo Mercantil conocerán, asimismo, de cuantas cuestiones sean de la competencia del orden jurisdiccional civil, respecto de:
a) Las demandas en las que se ejerciten acciones relativas a competencia desleal, propiedad industrial, propiedad intelectual y publicidad, así como todas aquellas cuestiones que dentro de este orden jurisdiccional se promuevan al amparo de la normativa reguladora de las sociedades mercantiles y cooperativas."

diferente no pueden ser consideraras sustancialmente iguales. La presencia, en el catálogo de penas, de la disolución para la persona jurídica refuerza la idea expuesta en el apartado anterior, sobre la pena de intervención, de que no se puede afirmar de forma tajante que la sanción administrativa y la pena son cualitativamente iguales.

Aumentan los argumentos de peso que descartan esta idea de igualdad: la presencia de penas que no tienen una contraparte similar dentro de sistema de sanciones administrativas, y una gravedad de esas mismas penas que es cualitativamente superior al de las sanciones administrativas. Frente a un argumento contrario que defienda que no se puede valorar la diferencia de gravedad respecto a sanciones que no son iguales, hay que recordar que la gravedad puede perfectamente ser valorada en función a los derechos que se encuentran limitados por la sanción. De este modo, la disolución al ponerle fin a la existencia de la persona jurídica está limitando de forma absoluta todos sus derechos que ya no podrán ser ejercidos de nuevo; al ser una disolución de pleno derecho tampoco podría plantearse una reactivación de la persona jurídica en el futuro²³⁹. Ninguna sanción administrativa produce unos efectos tan perjudiciales para los derechos de un sancionado. También estudié cómo la intervención judicial interviene directamente en una persona jurídica limitando su capacidad de actuación y su libertad de empresa a través del interventor; estas dos restricciones limitan a su vez, de forma directa o indirecta, cualquier derecho de la persona jurídica quien no podrá volver a moverse libremente en el tráfico jurídico sin el interventor, quién incluso podría estar al mando de la propia actuación de la persona jurídica (si se produce el supuesto de que el Tribunal o Juez remueven a los administradores y ocupan sus puestos con la figura del interventor).

Todos aquellos argumentos, analizados en la primera parte de este capítulo, que pretenden defender una igualdad sustancial entre pena y sanción administrativa no

²³⁹ En el caso de las sociedades de capital la LSC permite que una sociedad disuelta se reactive por acuerdo de la Junta General, si ha desaparecido la causa que condujo a la disolución, si el patrimonio contable no es inferior al capital social y si no se ha procedido al pago de la cuota de liquidación de los socios. La disolución penal es una disolución de pleno derecho como lo contempla el artículo 370 de la LSC.

son válidos cuando consideramos el caso de penas que no tienen una contraparte administrativa. Ello se debe a que esos argumentos utilizan justamente como premisa principal que la misma clase de sanción está presente en la rama penal y administrativa. Dicha invalidez argumental se produce por ejemplo en el caso de las penas privativas de libertad, donde los autores que pretenden defender una igualdad sustancial entre sanción penal y administrativa siempre recuerdan que sus argumentos no aplican en el caso de estas penas privativas de libertad porque no existe una contraparte de esta pena en la rama administrativa. Una cuestión diferente es que hoy en día estas dos penas (de intervención judicial y disolución) se hayan aplicado escasamente. Pero el no aplicarlas ni las excluye del catálogo de penas del Código Penal, ni les quita su naturaleza como pena. Es un problema del órgano judicial (ocasionado también por una cuestionable técnica legislativa) que, ante la relativa novedad de estas sanciones y del impacto que podrían tener en virtud de su gravedad, es reticente a aplicarlas.

2.2.7 La situación peculiar de la multa, la prohibición de actividades, la inhabilitación y la clausura de locales y establecimientos

Dentro del presente apartado también consideramos a la pena de multa en este grupo que se encuentra en una situación <<peculiar>>, porque incluso aunque analizamos cómo la sanción administrativa de multa y la pena de multa operan en función a valoraciones distintas, siempre estará quien ignore todos esos argumentos y defienda que ambas implican la imposición de un pago, de idéntica naturaleza, al que debe hacer frente la persona sancionada.

Respecto a las otras penas (prohibición, inhabilitación y clausura) se presenta una situación en la que sus contenidos aparentemente son iguales en el ámbito penal y administrativo. Pero esto no debe conducir directamente a la conclusión de que en estos casos la pena y la sanción administrativa son iguales. Con ello se obviaría el problema de que esa conclusión no es absoluta, como concluimos con el caso de la pena de disolución y de intervención jurídica. La duda que debe ser resuelta es

¿Por qué unas sanciones administrativas son cualitativamente iguales a las penas y otras no lo son?

Para comenzar a responder a esta pregunta hay que recordar a García de Enterría y a su argumento sobre la historia que comparten la pena y la sanción administrativa²⁴⁰. Evidentemente a pesar del deseo de legalizar y judicializar el derecho penal, la Administración mantuvo una potestad punitiva. A continuación García, siguiendo a Colmeiro, defendió que el mantenimiento de esa capacidad punitiva se debe a que la Administración la necesita si quiere permanecer como una entidad independiente. Este mismo punto de origen es lo que explica que se apliquen los mismos principios tanto a la sanción administrativa como a la pena. Y ese mantenimiento de la potestad punitiva de la Administración desembocó igualmente en la apropiación de muchas sanciones que eran de orden penal.

Pero la aplicación de los mismos principios y la similitud entre algunas clases de sanciones no son argumentos suficientes para reivindicar que la sanción administrativa y la pena compartan una identidad sustancial. Esta igualdad en la aplicación de ciertos principios y la similitud de algunas sanciones son las consecuencias de que ambas instituciones tengan el mismo punto de origen, pero no son el resultado directo de una identidad sustancial. El hecho de que unas instituciones compartan un mismo origen histórico no define ni determina que su contenido sea el mismo. En la historia del Derecho, muchas instituciones comparten un origen histórico pero no por ello se llega a la conclusión de que son idénticas: piénsense en las sociedades que evidentemente tendrán un punto de origen común, pero hoy en día los diversos procesos para conformarlas dan origen a entidades con características totalmente diferentes; sería absurdo concluir, por ejemplo, que las sociedades mercantiles son iguales a las sociedades civiles porque su punto de origen es el mismo. El mismo argumento se puede usar para el caso de la pena y la sanción administrativa respecto a punto de origen común. Además la doctrina, que busca defender la igualdad entre estas dos instituciones, considera como punto de culminación histórica y de igualdad entre estas dos instituciones al artículo 25.1

²⁴⁰ Vid. Supra 167.

de la Constitución, alegando una equiparación a nivel constitucional. Pero la Constitución ni equipara ni reconoce una igualdad entre la sanción administrativa y la pena. La Constitución menciona a la pena y a la sanción administrativa porque uno de sus intereses primordiales, tal como lo expone su Preámbulo, es la defensa de los derechos de las personas ante cualquier limitación de sus derechos; al limitar dichos derechos, tanto la pena como la sanción administrativa, era necesario aclarar a nivel constitucional que para proteger a las personas tanto la pena como la sanción administrativa debían estar limitadas por una serie de principios, y estos principios son los que realmente equipara la Constitución²⁴¹.

Es innegable que hoy en día la Administración conserva dicha potestad sancionadora, y además a lo largo de los años la ha ido configurando y desarrollando por su cuenta. La prueba de ello es la evolución del procedimiento sancionador administrativo y de las sanciones administrativas. Una evolución que ha recorrido un camino diferente al del proceso penal, y que como obvia consecuencia resulta en una clara diferencia entre proceso administrativo sancionador y proceso penal. En el próximo apartado profundizaré sobre la diferencia entre estos dos procesos y su incidencia entre la imposición de una sanción administrativa o una pena. Sin embargo puedo adelantar que una diferencia en el proceso comporta una diferencia en el resultado. Si el proceso penal y el proceso administrativo sancionador son diferentes, entonces los resultados que produzcan estos dos cauces, en forma de sanción, deberá ser diferentes. Si usamos un razonamiento a la inversa este argumento de diferenciación cobra más sentido: si el resultado sancionador de dos procesos tiene el mismo contenido sustancial, no habría interés en conservar dicha diferenciación procesal, por lo que habría que prescindir de alguno de esos dos procesos en el supuesto de que impusieran castigos con un contenido sustancial idéntico.

²⁴¹ VALENCIA MARTÍN, GERMÁN. (2018). *El derecho a la legalidad sancionadora en el ámbito administrativo*. En RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, MIGUEL; CASAS BEAMONDE, MARÍA EMILIA (dir.). *Comentarios a la Constitución Española. Tomo I*. (pág. 930). En Madrid: Editorial Wolter Kluwers.

2.3 El rol del proceso penal y del procedimiento sancionador administrativo en la diferenciación de la pena y la sanción administrativa

Si en algo pueden estar de acuerdo las posiciones doctrinales, que defienden o están en contra de la identidad sustancial de la pena y la sanción administrativa, es que los procesos a través de los que se llega a imponer estas dos sanciones son diferentes. Sobre esta diferencia procesal no hay duda y así lo reconocen incluso autores que reivindican la igualdad entre pena y sanción administrativa como Carmona Ruano²⁴².

El proceso penal y el proceso administrativo sancionador tienen una infinidad de diferencias en cada una de sus etapas. Estudiar todas ellas podría ser el objeto de una obra independiente, por lo que en esta investigación sólo nos centraremos en aquellas diferencias que cobran relevancia porque son las que inciden y producen una separación entre la pena y la sanción administrativa. El determinar qué fases de estos dos procesos son esenciales para fijar el contenido de sus respectivas sanciones, resultará de distinguir qué partes del proceso inciden directamente en la construcción del contenido de dichas sanción y cuáles no. Aunque esta parte de la tesis se centre en aspectos procesales, no debe olvidarse, y sin ánimo de ser repetitivos, que el proceso sancionador define en gran parte la naturaleza de la sanción que produzca. Si mi objetivo es indagar en la naturaleza de la sanción penal para la persona jurídica y diferenciarla de la sanción administrativa, me veo obligado a adentrarme en aspectos de orden procesal como los que veré a continuación.

2.3.1 El modo de inicio del proceso

El punto de partida es determinante respecto a la pena o a la sanción administrativa que puede llegar a imponerse, no sólo porque es el punto a partir del cual comienza

²⁴² Vid. Supra 179.

a funcionar la maquinaria procesal pero también porque su contenido será la base para la futura sanción que se imponga.

En términos generales el proceso penal tiene como punto de partida el momento en que el órgano judicial tiene conocimiento de la *notitia criminis*. La comunicación de la *notitia criminis* puede realizarse a través de una denuncia, un atestado policial o puede suceder que el órgano judicial tenga conocimiento directo de esa noticia. Habiendo dejado eso claro, para los intereses del presente apartado no es relevante la puesta en comunicación al órgano judicial de la *notitia criminis*; el momento relevante procesal es aquel que identifica la LECrim como una acción penal y como el inicio del proceso: se trata de la querrela. Para Valentín Cortés ²⁴³ la querrela marca el principio del proceso penal. Existen tres tipos de querrelas: pública, popular y privada. La querrela es pública cuando la presenta el Ministerio Fiscal, es popular cuando puede ser presentada por cualquier ciudadano que ejerza la acción popular, y es particular y privada cuando la presenta la persona ofendida por el delito. Esta diferencia no afecta en nada al contenido de la querrela, que deberá ser el mismo y cumplir con los requisitos de la LECrim indiferentemente de quien la presente. Sin embargo el rasgo más destacable de la diferenciación de clases según quien presente la querrela tiene relación con la capacidad de abandono: sólo en el caso de la querrela privada su abandono conlleva la finalización del proceso penal; esto no sucede en el caso de la querrela popular o particular, ni mucho menos en el caso de la querrela pública. Es más, cuando se trata de una querrela pública el Ministerio Fiscal no tiene reconocido el derecho a abandonar la querrela; si se diera el caso de que el Ministerio no considera que los hechos son constitutivos de un delito, entonces deberá solicitar el sobreseimiento del caso ante el órgano judicial. Ello hace que sea perfectamente posible que, a pesar de que el querellante ejerza su derecho a abandonar la querrela, si el Ministerio Fiscal presentó su acusación mediante la querrela pública entonces el proceso penal continuará²⁴⁴.

²⁴³ MORENO CATENA, VICTOR; CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN. (2019). *Derecho Procesal Penal*. (pág. 200). En Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

²⁴⁴ Artículo 105 de la LECrim: “1. Los funcionarios del Ministerio Fiscal tendrán la obligación de ejercitar, con arreglo a las disposiciones de la Ley, todas las acciones penales que consideren

En el caso administrativo, el procedimiento sancionador comienza con la emisión del acuerdo de iniciación por parte del órgano administrativo competente. La emisión del acuerdo de iniciación del procedimiento puede darse por cuenta propia del órgano competente para declarar la iniciación, por mandato de un órgano superior jerárquico, por petición de otros órganos administrativos, o por una denuncia. Los primeros dos supuestos muestran una especialidad, que consiste en su capacidad de vincular al órgano competente para declarar el acuerdo de iniciación del procedimiento sancionador. En el primer supuesto de iniciativa propia regulado por el artículo 59 de la LPAC²⁴⁵, pueden haber casos, tal como lo expone Garberí Llobregat y Buitrón Ramirez²⁴⁶, en los que el órgano administrativo competente para declarar el inicio del procedimiento tenga también potestades de inspección, averiguación o investigación; aunque los autores niegan que exista un efecto autovinculante en el supuesto de iniciativa propia, no puede negarse que el órgano administrativo en vista de sus capacidades de investigación declarará casi automáticamente el inicio del procedimiento administrativo sancionador. En el segundo supuesto de orden por un órgano superior jerárquico el efecto es vinculante; ese es la interpretación que Garberí y Buitrón realizan del artículo 60 de la LPAC²⁴⁷ porque consideran, como el propio nombre lo indica, que se trata de un mandato que debe ser cumplido por el órgano inferior; pero lo que resulta aún más

procedentes, haya o no acusador particular en las causas, menos aquellas que el Código Penal reserva exclusivamente a la querrela privada.

2. En los delitos perseguibles a instancias de la persona agraviada también podrá denunciar el Ministerio Fiscal si aquella fuere menor de edad, persona con discapacidad necesitada de especial protección o desvalida.

La ausencia de denuncia no impedirá la práctica de diligencias a prevención.”

²⁴⁵ Artículo 59 de la LPAC: “Se entiende por propia iniciativa, la actuación derivada del conocimiento directo o indirecto de las circunstancias, conductas o hechos objeto del procedimiento por el órgano que tiene atribuida la competencia de iniciación.”

²⁴⁶ GARBERÍ LLOBREGAT, JOSÉ; BUITRÓN RAMIREZ, GUADALUPE. (2016). *El Procedimiento administrativo sancionador*. (pág. 1445-1446). En Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

²⁴⁷ Artículo 60 de la LPAC: “1. Se entiende por orden superior, la emitida por un órgano administrativo superior jerárquico del competente para la iniciación del procedimiento.

2. En los procedimientos de naturaleza sancionadora, la orden expresará, en la medida de lo posible, la persona o personas presuntamente responsables; las conductas o hechos que pudieran constituir infracción administrativa y su tipificación; así como el lugar, la fecha, fechas o período de tiempo continuado en que los hechos se produjeron.”

alarmante es que los propios autores señalan la capacidad, de esta modalidad de activar el inicio del procedimiento sancionador, de vulnerar los derechos de los imputados si la orden no refiere a una alta probabilidad de que el hecho infractor haya sido cometido.

Si en el caso penal el inicio del proceso está marcado por la presentación de la querrela, ella no vincula al órgano judicial a admitirla si no cumple los requisitos de contenido; lo que muestra una independencia entre quien pretende ejercer la acusación y el órgano judicial. Como acabo de analizar, esto puede no suceder en el caso administrativo cuando el inicio del procedimiento sancionador es la consecuencia de una vinculación del órgano administrativo competente con aquél que pone en su conocimiento la existencia de una infracción. La independencia judicial, como se sabe, está reconocida por la Constitución en su artículo 117.1²⁴⁸ y por la Ley Orgánica del Poder Judicial (LOPJ en adelante) en su artículo 1 (que reproduce prácticamente el artículo de la Constitución); esta independencia permite garantizar la seguridad jurídica de las personas²⁴⁹ porque el juez está vinculado en todas sus actuaciones a lo que disponga la ley y sólo la ley. Sobre este punto, la doctrina señala que una característica que acompaña a la independencia de los jueces y tribunales es su desinterés objetivo: según Díez Picaso²⁵⁰ este desinterés objetivo caracteriza la aplicación jurisdiccional del Derecho y la diferencia de la aplicación administrativa del Derecho. Por lo tanto, la vinculación del órgano administrativo al momento de iniciar el procedimiento administrativo sancionador sería el reflejo de esta falta de independencia y de desinterés objetivo; en el caso de la Administración se daría una autotutela, en la que se buscaría proteger y

²⁴⁸ Artículo 117.1 de la Constitución: “1. La justicia emana del pueblo y se administra en nombre del Rey por Jueces y Magistrados integrantes del poder judicial, independientes, inamovibles, responsables y sometidos únicamente al imperio de la ley.”

²⁴⁹ Artículo 9.3 de la Constitución: “La Constitución garantiza el principio de legalidad, la jerarquía normativa, la publicidad de las normas, la irretroactividad de las disposiciones sancionadoras no favorables o restrictivas de derechos individuales, la seguridad jurídica, la responsabilidad y la interdicción de la arbitrariedad de los poderes públicos.”

²⁵⁰ DÍEZ PICASO GIMÉNEZ, IGNACIO. (2018). *El derecho a la legalidad sancionadora en el ámbito administrativo*. En RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, MIGUEL; CASAS BEAMONDE, MARÍA EMILIA (dir.). *Comentarios a la Constitución Española. Tomo I*. (pág. 649). En Madrid: Editorial Wolter Kluwers.

mantener los fines generales de la Administración, quien además no podrá ser imparcial debido a su posición como parte y como órgano resolutorio.

Desde sus respectivos inicios el proceso penal y el administrativo marcan diferencias. Son diferencias que expresan un distanciamiento importante entre ambos procesos, que se refleja en la independencia del órgano que recibe los primeros escritos que inician el proceso. Esa independencia no puede ignorarse porque muestra un proceso penal con las máximas garantías, y un proceso administrativo donde esa garantía se ve relativizada. Y esto último provocaría a su vez que las sanciones que emanen de los dos procesos revistan una diferencia notable: por un lado la sanción penal que llegue a imponerse habrá pasado por un control de garantías máximas, y por otro lado la sanción administrativa, ya en su fase inicial, habrá visto un control de garantías más relajado.

2.3.2 La adopción de medidas cautelares

Tanto en el proceso penal como en el procedimiento administrativo sancionador es posible que se adopten medidas cautelares. A primera vista parecería que las medidas cautelares tienen un régimen y contenido similar en el caso penal y en el caso administrativo; no hay duda alguna que en ambos ámbitos la existencia de las medidas cautelares se justifican por los mismos motivos: el transcurso considerable de tiempo que puede transcurrir para que se lleve a cabo un proceso y, la posibilidad de que surjan una serie de acontecimientos durante ese tiempo que impidan la efectiva realización de la resolución final que se dicte en el proceso correspondiente. Las medidas cautelares permiten cumplir con la exigencia de celeridad del proceso y además son una manera de hacer efectiva la tutela y defensa de los derechos e intereses litigiosos. También se alcanzan los mismos objetivos que consisten en que el proceso se lleve a cabo de forma normal y sin dilaciones indebidas que pudieran ocurrir por razones de quien es acusado, y que la sentencia o resolución sea ejecutada.

A esta igualdad en su justificación e idénticos objetivos se suma una misma base de criterios para la imposición de medidas cautelares penales y administrativas: la valoración por un lado del *fumus boni iuris* y por otro lado la del *periculum in mora*. En el ámbito penal, Moreno²⁵¹ da una completa explicación del contenido que deben cumplir esos dos presupuestos para que pueda imponerse una medida cautelar. En cuanto al *fumus boni iuris* consiste en una apariencia de buen derecho de que existen elementos objetivos y subjetivos, que pueden ser meros indicios, de que puede llegarse a dictar una sentencia condenatoria; es decir, que existen indicios que fundamenta por lo menos a nivel indiciario que se produjo un hechos delictivo y que la persona contra quien se pretende imponer las medidas cautelares fue quien cometió esos supuestos delitos. El *periculum in mora* es un presupuesto que atañe al proceso en sí; consiste en determinar si existe un riesgo, en virtud de la demora del desarrollo del proceso, que pudiera hacer que la futura sentencia resulte ineficaz; los supuestos que se buscan evitar son: la desaparición del acusado, que resultaría en la imposibilidad de celebrar el juicio o hacer efectiva una pena persona que se pudiera imponer; la desaparición u ocultación de bienes sobre los que pudiera recaer una responsabilidad civil; evitar cualquier otro tipo de actuaciones que impidan o dificulten el desarrollo normal del proceso. Cualquier medida cautelar debe ser impuesta mediante una resolución judicial motivada y dictada únicamente por el Juez instructor; esta competencia del Juez instructor para ser el único dentro del aparato judicial que pueda imponer una medida cautelar se justifica por el principio de imparcialidad que condiciona la actuación de todo órgano judicial.

En el derecho administrativo sancionador también se encuentran los presupuestos del *fumus bonu iuris* y el *periculum in mora*. Garberí y Buitrón explican en términos muy similares estos dos presupuesto para el caso administrativo. El *fumus bonu iuris* sería igualmente una apariencia de derecho de la pretensión sancionadora de la Administración; la decisión de establecer las medidas cautelares se hace normalmente con el inicio del procedimiento sancionador, es decir cuando hay un relativamente escaso número de elementos de convicción, por lo que el órgano

²⁵¹ MORENO CATENA, VICTOR; CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN. (2019). *Derecho Procesal Penal*. (pág. 312-313). En Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

administrativo competente debe hacer una valoración cualificada del elemento subjetivo (competencia para tramitar el expediente) y del elemento objetivo (sobre los hechos que dirigieron al inicio del procedimiento sancionador); la valoración cualificada consistiría realmente en un juicio de probabilidad, debe haber una probabilidad alta de que los hechos que fundamentaron el inicio del proceso son típicos, que existen suficientes medios de prueba y que puede imputarse a quien se encuentra como sujeto pasivo en el proceso. El presupuesto del *periculum in mora* se establece de forma expresa en el artículo 56.1 de la LPAC²⁵², y como se puede leer de este artículo, se trata en determinar si por el transcurso en el tiempo del proceso sancionador pueden existir daños en contra de la Administración o de los intereses que persigue y que consistirían en hacer ineficaz la resolución final administrativa; que la LPAC mencione de forma expresa el presupuesto del *periculum in mora* pero no haga lo mismo con el *fumus bonu iurus*, no significa que el primer presupuesto tenga menos valor o pueda prescindirse de él en la valoración siempre que el segundo esté presente, ambos son requisitos esenciales para decidir sobre la aplicación de una medida cautelar.

Según el artículo 56.1 de la LPAC, la competencia general para la aplicación de una medida cautelar en el proceso administrativo corresponde al órgano administrativo que tiene la competencia para resolver el procedimiento. Aquí surge un problema dentro del procedimiento administrativo sancionador y que lo diferencia de proceso penal: si bien el artículo 63.1 de la LPAC²⁵³ indica que debe haber una separación entre el órgano instructor y el órgano sancionador, ya que con ello se alcanzaría una imparcialidad del órgano administrativo sancionador, eso no sucede en la realidad. Al permitir que el órgano administrativo sancionador sea competente para imponer una medida cautelar se abre la vía a una posible parcialidad de dicho

²⁵² Artículo 56.1 de la LPAC: “Iniciado el procedimiento, el órgano administrativo competente para resolver, podrá adoptar, de oficio o a instancia de parte y de forma motivada, las medidas provisionales que estime oportunas para asegurar la eficacia de la resolución que pudiera recaer, si existiesen elementos de juicio suficientes para ello, de acuerdo con los principios de proporcionalidad, efectividad y menor onerosidad.”

²⁵³ Artículo 63.1 de la LPAC: “Los procedimientos de naturaleza sancionadora se iniciarán siempre de oficio por acuerdo del órgano competente y establecerán la debida separación entre la fase instructora y la sancionadora, que se encomendará a órganos distintos [...]”

órgano; como mencioné, la decisión de imponer una medida cautelar obliga a realizar un juicio de probabilidad sobre la solidez de los hechos que condujeron al inicio del procedimiento y sobre la posibilidad de imputar a quien se encuentra como parte pasiva del proceso. Por lo tanto el órgano sancionador, antes de entrar al razonamiento del proceso para decidir sobre la aplicación o no de una sanción administrativa, ya tendría un prejuicio sobre el tema porque lo formuló al momento de decidir sobre la aplicación de la medida cautelar. No hay dudas de que si el órgano administrativo tuvo que resolver sobre la aplicación de medidas cautelares, entonces estará contaminado para emitir un juicio imparcial sobre la aplicación o no de la sanción administrativa. La jurisprudencia constitucional se pronunció en este sentido en su sentencia 11/1989²⁵⁴. “[...] El problema que se plantea en primer lugar se refiere a la deseable separación en las funciones de Juez instructor de una causa y Juez sentenciador de la misma, con el fin de evitar el prejuicio o prevención que la primera tarea puede provocar en la estricta imparcialidad, subjetiva y objetiva, del Juez que ha de fallar en definitiva, entendiéndose que esa imparcialidad será conseguida cuando el sentenciador ha permanecido alejado y ajeno a la labor de averiguación, investigación de hechos y conductas y posible incriminación, siquiera indiciaria y provisional (Autos de inculpación, de procesamiento) o simplemente precautoria o de prevención (Autos de libertad o prisión)”. Esto no sucede en el proceso penal en el que el Juez instructor es quien tiene la competencia para decidir sobre la aplicación de medidas cautelares, que en ningún caso podrán ser adoptadas por el Juez o Tribunal penal sentenciador. Junto a la jurisprudencia constitucional, ya mencionada, que determina la separación entre las competencias del Juez instructor y el Juez sentenciador, se suma la doctrina²⁵⁵ que considera como un tercer presupuesto para que la medida cautelar pueda aplicarse, que la decisión de adoptarlas resulte de una resolución judicial motivada del Juez que instruya el proceso.

²⁵⁴ STC 11/1989 de 4 de enero.

²⁵⁵ Vid. Supra 251.

Nuevamente el proceso penal se caracteriza y diferencia del proceso sancionador administrativo por la transparencia de sus órganos, esta vez en algo tan esencial como las medidas cautelares que pueden perfectamente vulnerar los derechos de aquellos sobre los que recaen si no se aplican ciertos estándares de independencia y transparencia. Estas diferenciaciones entre ambos procedimientos continúan reforzando la idea de que el resultado (el tipo de sanción) que se obtenga de uno y otra será sustancialmente diferente. Parece difícil concebir que una sanción que provenga de un proceso con las máximas garantías sea de la misma naturaleza que una sanción donde estas máximas no se alcancen, en especial cuando dichas disparidades se repiten a lo largo de ambos procesos (ya vimos esta situación en la fase inicial, y ahora sucede algo similar en el momento de decidir sobre la imposición de medidas cautelares).

2.3.3 El juicio oral

Si existe una diferencia sobresaliente entre el proceso penal y el procedimiento sancionador administrativo esta es la fase del juicio oral presente en el primero y ausente en el segundo. Todas las fases y actuaciones previas se dirigen a preparar el juicio oral, ya que es en esta parte del proceso penal donde realmente tiene lugar la práctica de la prueba y por ende el enjuiciamiento de la conducta del acusado, y que terminará con una sentencia absolutoria o condenatoria que pondrá fin al proceso penal. La pena es un resultado de lo que llegue a desarrollarse durante la fase del juicio oral.

En el juicio oral rigen los principios de oralidad, publicidad y concentración. En cuanto al debate y enjuiciamiento, que tienen lugar dentro de esta fase del proceso, deben regirse por los principios de contradicción, intermediación, igualdad, aportación de parte (salvo la excepción que plantea el artículo 729 de la LECrim²⁵⁶) y acusación.

²⁵⁶ Artículo 729 de la LECrim: “Se exceptúan de lo dispuesto en el artículo anterior:

1.º Los careos de los testigos entre sí o con los procesados o entre éstos, que el Presidente acuerde de oficio, o a propuesta de cualquiera de las partes.

Como regla general, el juicio oral debe llevarse a cabo de forma pública y de no cumplirse este requisito estará viciado de nulidad conforme lo dispone el artículo 680 de la LECrim.²⁵⁷ Solamente se permite el secreto como excepción cuando ello permita la salvaguarda de derecho y libertades y por razones de orden público; el secreto podría recaer sobre todo el juicio oral o sólo sobre ciertas actuaciones. El hecho de que la publicidad del juicio oral opere sin restricciones tiene como fin el acceso y conocimiento del público a lo que sucede dentro de las sesiones de esta fase, lo que permite a su vez que haya una especie de control social sobre las actuaciones del órgano judicial (velando así para que la actuación de Juez o Tribunal se apegue a la Ley y como medio de protección del imputado frente a posibles actuaciones arbitrarias). La publicidad del juicio oral muestra la importancia que tiene la práctica y valoración de las pruebas, y las formulaciones y peticiones de la acusación y defensa.

El principio de oralidad no es simplemente un requisito técnico de esta fase del proceso penal, sino una puerta de entrada y una base para la aplicación del resto de principios mencionados que rigen el juicio oral. Como lo expone Cafferata²⁵⁸ la oralidad permite potenciar la interacción entre los principios de publicidad, intermediación, contradicción, haciendo de todas ellas en la realidad una misma unidad de funcionamiento. Por otra parte, es a través de la oralidad que se plasmarán la acusación, el derecho del acusado a ser oído y el control y la contradicción de las actuaciones de cada parte; el proceso penal usa la oralidad como medio para poder cumplir con los principios que rigen el juicio oral y en cierta medida como una forma de engranaje de las comunicaciones entre las partes de un proceso y entre estas y

2.º Las diligencias de prueba no propuestas por ninguna de las partes, que el Tribunal considere necesarias para la comprobación de cualquiera de los hechos que hayan sido objeto de los escritos de calificación.

3.º Las diligencias de prueba de cualquiera clase que en el acto ofrezcan las partes para acreditar alguna circunstancia que pueda influir en el valor probatorio de la declaración de un testigo, si el Tribunal las considera admisibles.”

²⁵⁷ Artículo 680 de la LECrim: “Los debates del juicio oral serán públicos, bajo pena de nulidad, sin perjuicio de lo dispuesto en el artículo siguiente.”

²⁵⁸ CAFFERATA NORES, JOSÉ. (2012). Manual de Derecho Procesal Penal. (pág. 655-656). En Buenos Aires: Editorial: Advocatus.

el Juez o Tribunal. Tal es la importancia de la oralidad que incluso en el caso de pruebas documentales debe procederse a su lectura pública durante el juicio.

La práctica de la prueba en el proceso penal destaca por dos elementos: la contradicción y la inmediación. Como lo sostiene Moreno²⁵⁹, la contradicción entre en juego desde el momento en que debe identificarse el material probatorio, posteriormente en el control en la formación de pruebas y finalmente en el debate procesal sobre estas. La característica esencial de la prueba es la confrontación dialéctica que de ella hacen las partes del proceso; para que una prueba pueda ser considerada dentro del juicio debe someterse al contradictorio y debe hacerlo de forma directa. Por lo tanto para no causar algún tipo de indefensión a las partes, y tener como consecuencia su nulidad a la hora de dictar sentencia, la práctica de la prueba debe realizarse ante ellas asistidas por su dirección letrada. En este mismo sentido se posiciona la jurisprudencia constitucional²⁶⁰: “[...] Así, “el principio de contradicción en el proceso penal, que hace posible el enfrentamiento dialéctico entre las partes, permitiendo así el conocimiento de los argumentos de la contraria y la manifestación ante el Juez o Tribunal de los propios (SSTC 162/1997, de 3 de octubre, FJ 4; 56/1999, de 12 de abril, FJ 4; 79/2000, de 27 de marzo, FJ 3), constituye una exigencia ineludible vinculada al derecho a un proceso público con todas las garantías, para cuya observancia se requiere el deber de los órganos judiciales de posibilitarlo [...] Del principio de igualdad de armas, lógico corolario del principio de contradicción, se deriva asimismo la necesidad de que las partes cuenten con los mismos medios de ataque y defensa e idénticas posibilidades y cargas de alegación, prueba e impugnación, a efectos de evitar desequilibrios entre sus respectivas posiciones procesales, sin que sean admisibles limitaciones a dicho principio, fuera de las modulaciones o excepciones que puedan establecerse en fase de instrucción (o sumarial) por razón de la propia naturaleza de la actividad investigadora que en ella se desarrolla, encaminada a asegurar el éxito de la investigación y, en definitiva, la protección del valor constitucional de la justicia

²⁵⁹ MORENO CATENA, VICTOR; CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN. (2019). *Derecho Procesal Penal*. (pág. 375-376). En Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

²⁶⁰ STC 48/2008 de 11 de marzo.

(SSTC 66/1989, de 17 de abril, FJ 12; 186/1990, de 15 de noviembre, FJ 5)” (STC 178/2001, de 17 de septiembre, FJ 3).”

La intermediación probatoria tiene una vertiente subjetiva y otra objetiva. La vertiente subjetiva dicta que la prueba debe practicarse de forma directa delante del Juez para que este pueda relacionarse con la fuente de la prueba y la conozca de primera mano. Y la vertiente objetiva asegura que el Juez formule su convicción de acuerdo al escenario más probable función a las pruebas, valorando aquellas que sean más sólidas respecto al hecho que pretenden probar. Y como lo dicta el artículo 741 de la LECrim²⁶¹, sólo se podrá dictar sentencia con base a las pruebas que se hayan practicado delante del Juez o Tribunal, sin admitir excepciones; si la prueba busca convencer al Juez o Tribunal de un hecho entonces obviamente se requiere la presencia física de ellos.

En el proceso sancionador administrativo la diferencia es notable y resalta por la ausencia de la fase de un juicio oral. En el ámbito administrativo la práctica de las pruebas tiene lugar en la instrucción del procedimiento, y ello tiene como importante consecuencia que las pruebas no se practican frente al órgano que resolverá el procedimiento. Es decir, que dentro del procedimiento administrativo sancionador no se aplica el principio de inmediatez, ya que no es el órgano resolutorio quien entra en contacto con las fuentes de las pruebas, y frente a quien se practican estas, sino que es el órgano administrativo instructor.

El principio de publicidad tampoco está presente dentro del procedimiento administrativo. A diferencia del proceso penal, el acceso al proceso sancionador es restringido y limitado a quien tiene la condición de interesado; así está reconocido tácitamente en el apartado del artículo 53.1 de la LPAC²⁶² en relación con el artículo

²⁶¹ Artículo 741 de la LECrim: "El Tribunal, apreciando según su conciencia las pruebas practicadas en el juicio, las razones expuestas por la acusación y la defensa y lo manifestado por los mismos procesados, dictará sentencia dentro del término fijado en esta Ley [...].”

²⁶² Artículo 51.3 a): “A conocer, en cualquier momento, el estado de la tramitación de los procedimientos en los que tengan la condición de interesados; el sentido del silencio administrativo que corresponda, en caso de que la Administración no dicte ni notifique resolución expresa en plazo; el órgano competente para su instrucción, en su caso, y resolución; y los actos de trámite dictados. Asimismo, también tendrán derecho a acceder y a obtener copia de los documentos contenidos en los citados procedimientos [...].”

4.1 b²⁶³). También es la propia LPAC la que determina quién tiene la condición de interesado: los titulares de derechos afectados por la resolución del procedimiento (artículo 4.1 b) y los titulares de intereses afectados por la dicha resolución administrativa (artículo 4.1 c²⁶⁴). Cualquiera que sea la interpretación que se quiera hacer de quién puede ser titular de esos derechos o intereses afectados jamás podrá llegar a ser tan extensiva que pueda considerarse que el público en general pueda tener acceso al procedimiento sancionador.

En cuanto a la oralidad y la contradicción, son principios que están presentes en el procedimiento administrativo sancionador pero su aplicación tiene menos impacto en comparación con el proceso penal. En el ámbito administrativo las partes pueden comparecer ante el órgano administrativo en dos momentos para realizar pronunciamientos orales: la audiencia señalada en el acuerdo de iniciación (artículo 64.2 f de la LPAC²⁶⁵) y una segunda señalada en la propuesta de resolución (artículo 89.2 de la LPAC²⁶⁶); fuera de estos dos casos, el procedimiento administrativo sancionador es predominantemente escrito. La contradicción se realiza fundamentalmente mediante las alegaciones escritas (y durante las dos audiencias mencionadas), sin embargo la confrontación directa y el debate dialéctico, entre las partes, mayoritariamente ausentes en este procedimiento relativizan dicha contradicción.

²⁶³ Artículo 4.1 a): “Se consideran interesados en el procedimiento administrativo:
a) Quienes lo promuevan como titulares de derechos o intereses legítimos individuales o colectivos.”

²⁶⁴ Artículo 4.1 c): “Aquellos cuyos intereses legítimos, individuales o colectivos, puedan resultar afectados por la resolución y se personen en el procedimiento en tanto no haya recaído resolución definitiva.”

²⁶⁵ Artículo 64.2 f): “Indicación del derecho a formular alegaciones y a la audiencia en el procedimiento y de los plazos para su ejercicio, así como indicación de que, en caso de no efectuar alegaciones en el plazo previsto sobre el contenido del acuerdo de iniciación, éste podrá ser considerado propuesta de resolución cuando contenga un pronunciamiento preciso acerca de la responsabilidad imputada.”

²⁶⁶ Artículo 89.2: “En el caso de procedimientos de carácter sancionador, una vez concluida la instrucción del procedimiento, el órgano instructor formulará una propuesta de resolución que deberá ser notificada a los interesados. La propuesta de resolución deberá indicar la puesta de manifiesto del procedimiento y el plazo para formular alegaciones y presentar los documentos e informaciones que se estimen pertinentes.”

Si antes había señalado diferencias sobre el nivel de garantías tanto en la fase inicial como en el momento de adopción de medidas cautelares, entre el proceso penal y el administrativo, ahora resaltó una distinción fundamental. Se trata de una fase procesal presente en el proceso penal y ausente en la rama administrativa. La posible condena y posterior pena emanan directamente de lo que se produzca en el juicio oral, y la importancia de esta fase obliga a que las partes sigan ciertas reglas de actuación y que se apliquen principios fundamentales para hacer valer sus derechos de defensa. Si todo ello está ausente en el proceso administrativo, entonces se confirma esta separación entre un proceso penal con garantías máximas y un proceso administrativo de naturaleza diferente en el que las partes no gozan de la plenitud de dichas garantías ¿Pero a qué se debe esta naturaleza distinta entre estos dos procesos? La respuesta es la diferencia de contenido entre las sanciones que puedan resultar de ambos procesos: si el proceso penal vela porque se cumplan los principios y las garantías procesales es porque la pena que puede llegar a imponerse conlleva una aflicción muy severa y mucho mayor que la de una sanción administrativa. Si en el proceso administrativo no se cumplen estos niveles de garantías es porque el contenido de su sanción no supone una carga y una limitación de derechos tan importante como en el caso penal.

2.3.4 El efecto estigmatizador de la pena

Un estudio superficial sobre las diferencias que acabó de señalar, entre el proceso penal y el procedimiento administrativo sancionador, concluiría que se tratan de simples diferencias procesales que ninguna implicación tienen en el contenido de las sanciones que se pueden aplicar como resultado de dichos procesos. Evidentemente las diferencias procesales individualmente consideradas no aportan nada sobre la determinación del contenido sustancial de una pena o una sanción administrativa, y mucho menos sobre la diferenciación entre estas dos sanciones. Pero el error consiste aquí en encuadrar este estudio de diferencias procesales de forma aislada y no dentro de una visión acumulativa. Es decir, la diferencia procesal individualmente aporta poco o nada, pero es la suma de todas estas diferencias

determina en cierta medida el contenido de una pena o una sanción administrativa, y lo que finalmente permite diferenciarlas.

La pena no sólo es grave por el castigo que se aplica, sino también por el efecto estigmatizador que conlleva su aplicación. La gravedad de la pena no debe medirse únicamente en función a las medidas cuantitativas que establece el Código Penal, sino también con ayuda de la repercusión social y económica que conlleva que una persona sea castigada con una pena, que viene a ser el mencionado efecto estigmatizador. Pero este efecto de la pena no nace por casualidad, sino que es el resultado de la suma de todas estas diferencias que distinguen al proceso penal. Pérez Gil²⁶⁷ alude a este efecto dando como ejemplo la gravedad de la pena respecto a la reputación de una empresa. En Estados Unidos se dio un paso más allá y se modeló una serie de sanciones que llevan el nombre de <<stigma sanctions>>. Gimeno²⁶⁸ explica que estas sanciones²⁶⁹ se construyeron específicamente para apuntar a la reputación empresarial de una persona jurídica penalmente responsable. La explicación de esta suerte de menoscabo reputacional se fundamenta en la importancia que le da cualquier persona jurídica a su imagen dentro del mercado y consumidores. La persona física tampoco es ajena a este

²⁶⁷ PÉREZ GIL, JULIO. (2017). *Marco normativo supranacional y toma en consideración de los derechos de las personas jurídicas en el proceso penal*. En PÉREZ-CRUZ MARTÍN, AGUSTÍN JESÚS (dir.); NEIRA PENA, ANA MARÍA (coord.). *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*. (pág. 39-40). En Pamplona: Editorial Thomson Reuters.

²⁶⁸ GIMENO BEVIÁ, JORDI. (2016). *Compliance y Proceso Penal*. *El proceso penal de las personas jurídicas*. (pág. 334-335). En Pamplona: Editorial Thomson Reuters.

²⁶⁹ Las <<stigma sanctions>> se dividen en cuatro grupos:

- a) Publicidad negativa: se trata de que la pena y la responsabilidad penal sea conocida por todos los consumidores, para que estos tengan una reacción (normalmente negativa) ante la noticia del castigo penal y del comportamiento criminal de la persona jurídica.
- b) Trabajos a la comunidad: la persona jurídica debe desviar recursos de su estructura para llevar a cabo trabajos a la comunidad y siempre anunciando que se tratan de un castigo penal y no una ayuda voluntaria.
- c) Disculpa pública: reconocimiento público, a través de medios de comunicación y por medio de los representantes, de los delitos cometidos por parte de la persona jurídica.
- d) Etiquetas de advertencia: etiquetas informativas que se añaden a los productos y mercancías de la persona jurídica señalando el comportamiento criminal de la entidad. También puede etiquetarse de formas más directas, por ejemplo a través de anuncios en la página web de la persona jurídica o anuncios físicos en su domicilio.

interés reputacional, le interesa tener una buena imagen dentro de la sociedad en la que se desarrolla y vive.

El daño reputacional que sufre una persona jurídica cuando es procesada y posteriormente condenada en la jurisdicción penal se ha acentuado hoy en día, en una sociedad donde la inmediatez y facilidad de propagación de noticias no tiene límites gracias a los medios de comunicación y redes sociales. Podría hablarse incluso de un <<juicio paralelo>> de opinión pública que tiene lugar al mismo tiempo que el proceso penal, y con consecuencias económicas importantes para las personas jurídicas, en especial aquellas que cotizan en una bolsa de valores: un claro y reciente ejemplo de ello es el caso de Volkswagen en 2015 y su manipulación de emisores de contaminantes, que sin haber recibido una condena penal conoció la peor disminución en el valor de sus acciones de toda su historia, y llegando a sufrir pérdidas anuales que no había conocido en los 20 años anteriores al incidente.

Por todo ello, vuelvo a afirmar que las diferencias que estudié entre el proceso penal y el procedimiento administrativo sancionador muestran al primero ante las personas y ante el mundo jurídico como un proceso más complejo, con fases más independientes y diferenciadas de instrucción y de resolución, con un debate dialéctico más vivo a través de la confrontación directa. Y la publicidad del juicio oral es la que traduce esta complejidad en gravedad ante los ojos del mundo externo. La mayor gravedad de la pena es por lo tanto también una construcción que tiene origen en el proceso penal. Aunque el proceso penal en el caso de una persona jurídica tiene ciertas puntualizaciones respecto al proceso penal de una persona física, ninguna de esas diferencias, estudiadas en el segundo capítulo de este trabajo, afecta a las fases procesales que diferencian al proceso penal del procedimiento administrativo sancionador. En consecuencia esta gravedad y este efecto estigmatizador también están presentes dentro de las penas para las personas jurídicas. La persona jurídica que se ve procesada penalmente y condenada a una pena conoce un daño reputacional incalculable.

También conviene recordar que el efecto estigmatizador de la pena se hace latente a través de los antecedentes penales que serán anotados de forma oficial, en el

Registro Central de Penados y Rebeldes, cuando una persona jurídica sea condenada a través de una sentencia firme. Y como analicé anteriormente, el hecho de que una persona jurídica tenga antecedentes penales tendrá trascendencia al momento de establecer la pena que corresponda aplicar, pudiendo ser más grave que la que se hubiera impuesto si la persona jurídica no contará con esos antecedentes.

Habiendo visto que si por un lado tenemos sanciones penales de características totalmente diferentes a las que presenta el ordenamiento administrativo sancionador, como la disolución de la persona jurídica o la intervención judicial; y por otro lado está la diferenciación de los procesos penales y administrativos sancionadores que deriva en una mayor gravedad de la pena frente a la sanción administrativa, entonces la conclusión lógica es que estas dos sanciones no tienen el mismo contenido sustancial. Efectivamente pueden compartir puntos comunes como en el caso de las prohibiciones de actividades o la clausura de locales, pero ello no las hace sustancialmente iguales por el efecto estigmatizador que conlleva una pena y que la hace finalmente más grave que una sanción administrativa. La pena y la sanción administrativa no son iguales, y por lo tanto tampoco lo son la pena para la persona jurídica y la sanción administrativa. Pero además vale la pena recordar que incluso en el caso de aquellas sanciones que comparten puntos comunes, tanto en la rama penal como en la administrativa, ello es simplemente consecuencia de un origen histórico común, y la diferenciación de su contenido y del nivel de aflicción que imparten se produce gracias a las distinciones existentes entre los procesos en virtud de los cuales pueden llegar a imponerse.

CAPÍTULO IV. EI FIN DE LA PENA DE LA PERSONA JURÍDICA

El propósito de este último capítulo es demostrar que la sanción penal que se impone a la persona jurídica efectivamente cumple un fin dentro del derecho penal, y además se somete a los principios que informan a esta rama del Derecho. Como he visto a lo largo del estudio, y como he reiterado en diferentes ocasiones, la propia naturaleza de la persona jurídica condicionará de cierta forma el fin del castigo penal que se impone y los principios aplicables como límites a la imposición de este castigo. De ello entiendo que no se puede esperar que la situación penal de la persona jurídica sea idéntica a la de una persona física, pero no por esto se debe renunciar totalmente a cuestiones básicas del derecho penal, como el requisito de que la pena cumpla un propósito para con la sociedad y dentro de los límites establecidos *ius puniendi*.

Aunque haya señalado que la persona jurídica puede poseer una capacidad de razonamiento propio, que puede adquirir una habilidad de valoración moral, y a pesar de haber marcado la diferencia material entre una pena y una sanción administrativa, aún no se puede concluir que la sanción penal para la persona jurídica sea una pena. La razón de que aún no se pueda llegar a esa conclusión consiste en que, como lo explica Víctor Gomez²⁷⁰, en un Estado democrático de Derecho un castigo debe responder a una doble racionalidad para que sea considerado como una pena: instrumental y valorativa. Esto quiere decir que la pena debe cumplir una función pero con sometimiento a los principios que derivan de un Estado democrático, social y de Derecho. El fin de la pena no es un tema pacífico. Es fuente de debate entre los que defienden un fin retributivo, los que están a favor de un fin preventivo o aquellos otros que se encuentran en posiciones intermedias con sus respectivos matices. Lo que parece claro es que para que una sanción pueda ser considerada como pena ella debe cumplir uno de esos tres fines. El

²⁷⁰ GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR. (2016). *Penas para personas jurídicas: ¿ovejas con piel de lobo?* En LANDA GOROSTIZA, JON MIRENA (dir.); GARRO CARRERA, ENARA y ORTUBA Y FUENTES, MIREN (coord.). *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015*. (pág. 280). En Madrid: Editorial Dykinson.

interés de este capítulo consistirá en estudiar si el castigo de la persona jurídica puede responder a un fin retributivo, preventivo o mixto.

Sin embargo antes de abordar cuál es el posible fin de la pena de la persona jurídica me detendré a examinar una posición mencionada previamente en el presente estudio: la consideración de que no podría hablarse de culpabilidad en el caso de la persona jurídica y que por lo tanto su castigo no sería una verdadera pena sino una medida seguridad. Al ser la categoría de la culpabilidad un pilar en la determinación de responsabilidad penal y la consecuente imposición de una pena, el presente estudio no estaría completo si no se analiza si la culpabilidad está ausente en el caso de personas jurídicas, y por lo tanto correspondería hablar de que el castigo que se impone es más una medida de seguridad que una pena, con la consecuencia lógica que una u otra consecuencia penal obedecen a funciones distintas.

A. La culpabilidad de la persona jurídica

1. La ausencia de una culpabilidad tradicional

En el segundo capítulo de la presente tesis quedó medianamente clara la posición doctrinal que se opone a la responsabilidad penal de la persona jurídica, cuyo rechazo se asienta ontológicamente en la carencia de condiciones físicas y psicológicas de esta entidad. Esta carencia impediría hablar de una verdadera responsabilidad penal o de la imposición de una pena en el sentido tradicional del derecho penal. El argumento sobre la carencia de estas características físicas y psicológicas de la persona jurídica lleva a autores como Víctor Gómez²⁷¹, Beatriz Goena²⁷² o Santiago Mir Puig²⁷³ a la conclusión de que no existe una culpabilidad

²⁷¹ GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR. (2016). *Penas para personas jurídicas: ¿ovejas con piel de lobo?* En LANDA GOROSTIZA, JON MIRENA (dir.); GARRO CARRERA, ENARA y ORTUBA Y FUENTES, MIREN (coord.). *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015*. (pág. 259-262). En Madrid: Editorial Dykinson.

²⁷² GOENA VIVES, BEATRIZ. (2017). *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*. (pág. 64-66). En Madrid: Editorial Marcial Pons.

²⁷³ MIR PUIG, SANTIAGO. (2014). *Las nuevas "penas" para personas jurídicas: una clase de "penas" sin culpabilidad*. En MIR PUIG, S.; CORCOY BIDASOLO, M. y GÓMEZ MARTIN, V. (dir.),

de este tipo de personas, por lo que en consecuencia tampoco se podría hablar de una verdadera pena respecto al castigo que el Código Penal impone a estas personas. Ello no obstante también concluí en el mencionado capítulo 2 cómo una persona jurídica, a través de su estructura, su forma de organización y su esquema jerárquico para la toma de decisiones y definición de autoridades y empleados, puede llegar a contar con una capacidad de razonamiento propia y diferenciada de la de sus integrantes, y también con una capacidad de formular valoraciones morales.

La cuestión de la presencia o no de la culpabilidad en el caso de personas jurídicas se resuelve observando si las características particulares de estas personas son compatibles con los elementos que componen la culpabilidad. Para ello tendré que hacer a continuación un estudio básico de cuáles son los componentes de la culpabilidad, y analizarlos uno a uno para determinar si la realidad de la persona jurídica puede llegar a adecuarse a ellos. Dos conocidos tratadistas ilustran en sus manuales estos componentes de la culpabilidad: Santiago Mir Puig²⁷⁴ y Francisco Muñoz Conde²⁷⁵. Soy consciente que la culpabilidad es por sí misma objeto de muchas controversias y discusiones en el seno doctrinal penal, sobre todo respecto a su naturaleza y su relación con una sociedad que está avanzando y cambiando constantemente. Pero es por esta complejidad que entendemos que ahora no es adecuado entrar en un análisis profundo sobre la culpabilidad. Para la finalidad de esta tesis es suficiente con utilizar los conceptos básicos sobre la culpabilidad.

Ante todo es necesario apuntar la distinción entre la culpabilidad entendida en su sentido amplio como el principio de culpabilidad, y la culpabilidad entendida en sentido estricto como categoría sistemática del derecho penal. Son conceptos distintos pero que se entrelazan: como pondremos de manifiesto en los apartados

Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal. (pág. 6-9). En Buenos Aires, Montevideo, Madrid: editorial B de F.

²⁷⁴ MIR PUIG, SANTIAGO. (2011). *Derecho Penal Parte General*. (pág. 134-138). En Barcelona: Editorial Reppertor.

²⁷⁵ MUÑOZ CONDE, FRANCISCO; GARCÍA ARÁN, MERCEDES. (2010). *Derecho Penal Parte General*. (pág. 358-359). En Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

siguientes, el principio de culpabilidad deriva en una serie de principios que limitan el *Ius Puniendi* de un Estado democrático de Derecho, y uno de ellos es el principio de imputación personal que reconduce a la culpabilidad como categoría del derecho penal.

Igualmente soy consciente de la tendencia doctrinal que existe hoy en día de abandonar el término <<culpabilidad>> y utilizar otras expresiones como la de <<imputación personal>>, tal como lo explicar Mir Puig²⁷⁶. Sin embargo, la doctrina que critica la responsabilidad penal de la persona jurídica hace énfasis en la <<culpabilidad>> de la persona jurídica, es decir hace uso de este término al momento de plantear su argumentación. Por lo que seguiré la línea de uso de este término por razones prácticas, pero no por razones de convicción propia.

1.1 La culpabilidad como categoría del derecho penal

En cuanto a la culpabilidad como categoría autónoma del derecho penal, Muñoz Conde explica que son tres los elementos que la componen:

- La imputabilidad, bajo este término se reagruparían una serie de cualidades tanto físicas como psicológicas (edad, salud mental) que permitirían a un sujeto gozar de madurez psíquica y de una capacidad de motivarse frente a lo dispuesto por la normativa penal. De este modo quien no gozara de dicha madurez psíquica o no pudiera motivarse por la normativa penal no podría ser imputable.

- El conocimiento por parte del sujeto de que su actuación era antijurídica. Sólo puede imponerse una pena cuando se conocía que la actuación era prohibida, ya que la normativa sólo puede motivar cuando existe conocimiento sobre ella y las prohibiciones que impone, si falta este conocimiento tampoco hay motivación.

²⁷⁶ MIR PUIG, SANTIAGO. (2011). *Derecho Penal Parte General*. (pág. 544). En Barcelona: Editorial Reppertor.

- Exigibilidad de una actuación distinta. Sobre este elemento hay que decir que no es compartido por todos los autores como un componente independiente de la culpabilidad, por ejemplo Martínez Buján²⁷⁷ asegura en un estudio sobre la obra de Anton Vives que este último autor no lo considera como otro elemento de culpabilidad, y se limita a tomar en cuenta sólo los primeros dos elementos ya referidos. Sobre la exigibilidad de un comportamiento distinto debo señalar que el derecho penal exige que se lleven a cabo o se abstengan de llevarse a cabo actuaciones posibles, la exigencia puede llegar a ser incómoda pero nunca imposible; fuera de lo que objetivamente es posible y exigible no podrá establecerse una responsabilidad; sin embargo, aunque se diga que la exigencia por parte del derecho penal es objetiva y por lo tanto se haga uso de estándares objetivos, tal como lo indica Muñoz Conde, el análisis siempre se hará caso por caso.

1.2 La culpabilidad en su sentido amplio

La culpabilidad también tiene un sentido más amplio que se proyecta a través del principio de culpabilidad tal como lo expone Mir Puig. Se trata de un principio que establece diferentes límites al *ius puniendi* del Estado; estos límites son a su vez una serie de principios basados en la dignidad humana, la seguridad jurídica y la igualdad real de los ciudadanos y son:

- El principio de personalidad de las penas según el cual sólo puede castigarse a quien cometió el hecho delictivo.
- El principio de responsabilidad por el hecho que establece que lo que el derecho penal castiga es la actividad delictiva, es decir el hecho; no

²⁷⁷ MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS. (1999). *La "Concepción significativa de la acción" de T. S. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionales del delito*. En Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. ISSN 1695-0194, nro. 1. Recuperado de http://criminet.ugr.es/recpc/recpc_01-13.html

pudiéndose castigar al autor por situaciones personales como su forma de ser o su carácter.

- El principio de dolo o imprudencia que impone que la atribución de responsabilidad penal por la realización de un tipo delictivo exige la presencia de uno de estos dos elementos subjetivos. Para exigir responsabilidad penal no es suficiente una vertiente objetiva, que sería la realización de un resultado lesivo o una conducta objetivamente peligrosa, sino también una vertiente subjetiva que podría ser dolosa o culposa.
- Y finalmente el principio de imputación personal, ligado con los elementos revisados anteriormente. De acuerdo a los elementos de imputabilidad, conocimiento de la antijuridicidad y exigencia de un comportamiento distinto, el principio de imputación personal sólo permitiría, como mencionamos, castigar a quien conoce el carácter antijurídico de su comportamiento y cuenta con las condiciones psíquicas y la suficiente madurez para ser motivado por la norma penal.

Analizado el contenido de la culpabilidad, tanto en un sentido amplio como en una concepción más restringida de categoría del derecho penal, se puede pasar a determinar exactamente qué elementos podrían entrar en contradicción con la naturaleza y las características de la persona jurídica al momento de atribuirle una responsabilidad penal.

En cuanto a la culpabilidad como categoría del derecho penal, el elemento del conocimiento de la antijuridicidad no plantearía problemas respecto a la persona jurídica. En efecto, siguiendo el razonamiento de este trabajo que siguió el planteamiento de Sylvia Rich²⁷⁸, las personas jurídicas llegan a obtener una habilidad de razonamiento propio y diferenciado de los miembros dentro de su estructura y organización, como también una capacidad propia de valoración moral.

²⁷⁸ RICH, SYLVIA. (2016). *Corporate criminals and punishment theory*. Canadian Journal of Law & Jurisprudence No. 1. DOI: 10.1017/cjlj.2016.4. (pág. 105-106). Recuperado de <https://doi.org/10.1017/cjlj.2016.4>

Analicé cómo este razonamiento de la persona jurídica y su capacidad de ser un agente moral son el resultado de un proceso complejo en el que intervienen un diverso número de factores, y uno de ellos es la aportación de conocimientos especiales y concretos por parte de los miembros de la persona jurídica. Es decir, los conocimientos que aportan tanto los empleados como las personas con poder de decisión de la persona jurídica no son aleatorios, ni deslindados del objeto social al que apunta alcanzar la persona jurídica; al contrario, los conocimientos con los que contribuyen todos los miembros de la persona jurídica son seleccionados y aportados para que ella, haciéndolos suyos, pueda alcanzar su objeto social. Indica Rich que aunque la persona jurídica no tenga las capacidades de percepción o de memoria como una persona física, ella puede igualmente registrar y avalar información que configuran su propia capacidad de conocimiento. Se trataría de un proceso muy similar al que ya vimos con la DIC en el segundo capítulo del presente trabajo²⁷⁹ expuesto por Peter French; sólo que en el punto que estamos valorando, no se diferencian las acciones personales pertenecientes a los miembros de aquellas acciones propias de la persona jurídica, sino que se diferencian los conocimientos personales de estos miembros de aquellos que se integrarán y se transformarán en conocimientos de la propia persona jurídica. Dentro de estos conocimientos que llega a adquirir la persona jurídica se encuentra el conocimiento de la antijuridicidad sobre la realización de determinadas acciones o de la abstención de llevarlas a cabo; en efecto, los miembros de la organización de la persona jurídica (tanto los empleados como las personas con autoridad de decisión) son conscientes del objeto social que se pretende alcanzar y de los riesgos jurídicos del sector correspondiente, por lo tanto al momento de trasladar sus conocimientos a la persona jurídica no pueden dejar de hacer mella en ella, la antijuridicidad de determinadas conductas en función al sector donde opera la persona jurídica. Es de esta forma que la persona jurídica, a pesar de configurar su memoria de manera diferente que la persona física (a través de actas, acuerdos, registros, etc) puede conocer y registrar qué actuaciones dentro de su marco de operaciones económicas

²⁷⁹ Vid. supra 150.

y sociales pueden ser antijurídicas; siendo así la naturaleza de la persona jurídica compatible con el elemento de la culpabilidad de conocimiento del carácter antijurídico del hecho.

El elemento de la culpabilidad de exigir una actuación distinta tampoco entraría en conflicto con la naturaleza de la persona jurídica. Tal como acabo de explicar, la existencia de una DIC dentro de la persona jurídica, que determina y rige las actuaciones de sus miembros, y la creación de una autonomía de la persona jurídica, como lo explican List y Petit²⁸⁰, gracias a los complejos procesos de toma de decisiones, hacen que se pueda determinar qué actuaciones son atribuibles a título personal a los individuos y qué actuaciones son propias de la persona jurídica o, desde el punto de vista que ahora interesa respecto a la culpabilidad, qué actuaciones distintas eran exigibles a la persona jurídica y qué actuaciones eran exigibles únicamente a sus miembros de forma individual y sin relación con la persona jurídica. Vuelvo a recordar que, aunque la persona jurídica no posea un cuerpo propio para accionar o dejar de hacerlo, en el segundo capítulo de este trabajo establecí cómo los complejos fenómenos que condicionan las acciones de las personas físicas dentro de la estructura de la persona jurídica tienen tanto peso e influencia que no se puede etiquetar a estas actuaciones como propias y autónomas de los individuos, ya que sólo cobran sentido si se las entiende como actuaciones pertenecientes a la persona jurídica, pero además son actividades que sólo se producirían dentro de la esfera de la persona jurídica y nunca por iniciativa propia de los individuos.

El elemento de la culpabilidad que plantea problemas respecto a la persona jurídica es el de imputabilidad. La persona jurídica no posee las aptitudes psíquicas que le permitirían motivarse directamente por aquello que dispone en la normativa penal, por lo que parecería que no pudiera ser imputable. Es evidente que la persona jurídica no cuenta con una “salud mental” que permita cerciorarse si es apta o no en términos psíquicos para poder motivarse por la norma penal de forma directa; justamente por los procesos de transferencia a los que hice alusión previamente la

²⁸⁰ Vid. supra 141.

persona jurídica puede ser motivada pero a través de sus integrantes, es decir, el proceso de motivación es diferente en comparación con el caso de personas físicas: para la persona jurídica la motivación pasa primero por los empleados y las personas con autoridad de su organización, quienes poseen las aptitudes psíquicas mencionadas, y luego, a través de los procesos de transferencia y asimilación ya estudiados, la persona jurídica es capaz de motivarse por la norma penal pero de forma indirecta. Las diferencias de imputabilidad entre el caso de la persona física y la persona jurídica consistirían en que la segunda no cuenta con las aptitudes psíquicas de la primera y eso deriva en que su forma de motivación frente a la norma penal sea diferente: mientras que la persona física es capaz de motivarse directamente por la norma penal, la persona jurídica no está excluida de la capacidad de esta motivación pero lo hace de forma indirecta, a través de sus miembros.

El sentido amplio de la culpabilidad como límite del *Ius Puniendi* también plantea problemas respecto a algunos principios. El principio de dolo o imprudencia no puede cumplirse en el caso de la persona jurídica, o al menos no directamente. La persona jurídica no tiene las cualidades mentales para que sus actuaciones lleven aparejadas de forma inherente el elemento del dolo o de la culpa; tal como sucede con la motivación, hay una fase intermedia, que se materializa a través de los empleados o de las personas con autoridad, para poder transferir y calificar de dolosas o imprudentes las actuaciones de la persona jurídica, por lo que el dolo o la imprudencia no nace de la propia persona jurídica sino de los miembros de su organización. Una vez que la persona jurídica adquiere su capacidad de valoración moral, tal como lo expliqué en la última parte del segundo capítulo de este trabajo²⁸¹, se puede decir si sus actuaciones son dolosas o culposas; pero vuelvo a insistir en que ese dolo o esa imprudencia no nacen en la persona jurídica, aunque luego lleguen a ser transferidas a ella por medio de los procesos que constituyen su DIC, y por eso no puede cumplirse rigurosamente con el principio de dolo o culpa.

²⁸¹ Vid. Apartado 2.2 del Capítulo II.

El otro principio que no llega a cumplirse estrictamente, debido a la naturaleza de la persona jurídica, es el de imputación personal. El incumplimiento de este principio tiene una relación directa con el incumplimiento de la culpabilidad como categoría del derecho penal; como ya mencionamos, la culpabilidad como categoría del derecho penal requiere que se cumplan tres elementos, y en el caso de la persona jurídica ya vimos como la motivación sólo es posible de forma indirecta, por lo que no podría considerarse que se cumple rigurosamente con este elemento, y eso llevaría en última instancia a que no se cumpla el principio de imputación personal.

Por otro lado, el principio de responsabilidad por el hecho no plantearía problemas en el caso de la persona jurídica. Esto es así porque se seguiría castigando el hecho delictivo cometido y no a la persona jurídica simplemente por sus características personales como el sector económico o social en el que opera, su tipo de estructura, la organización entre los miembros de su plantilla, etc. Tal como sucede en el caso de la persona física el detonante del inicio del proceso penal es la comisión de un tipo delictivo y se declarará la responsabilidad penal porque se cometió dicho hecho delictivo, y no por la situación personal de la persona jurídica. Existe un sector doctrinal que sostiene que la culpabilidad de la persona jurídica se basa en una cultura empresarial de incumplimiento de la legalidad, tal como lo expone Gómez Jara²⁸², por lo que realmente se estaría castigando a la persona jurídica por su personalidad (su cultura empresarial) y ello se opondría totalmente al principio de responsabilidad por el hecho; no comparto esta postura sobre la construcción de la culpabilidad de la persona jurídica porque, tal como defendí anteriormente, la persona jurídica posee una forma de “conciencia especial” que le permite razonar y poseer una capacidad de valoración moral, y es a partir de estas características que se puede construir su culpabilidad.

Por último está el principio de personalidad de las penas que a simple vista no cumpliría con el principio de culpabilidad; si se sigue la doctrina que se opone a la responsabilidad de las personas jurídicas, entonces la acción delictiva pertenece

²⁸² BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL; FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO JOSÉ; GÓMEZ JARA DÍEZ, CARLOS. (2016). Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. (pág. 164-168). En Pamplona: Editorial Arazandi, SA.

única y exclusivamente a la persona física que la llevó a cabo. Sin embargo ya determiné cómo los comportamientos de las persona físicas que pertenecen a la organización de la persona jurídica nacen gracias a la persona jurídica y sólo pueden entenderse y cobran sentido a través de ella, y no como actos propios de un individuo. Además también estudié cómo con la DIC de una persona jurídica se puede determinar cuáles actividades son atribuibles a la persona jurídica y cuáles actos son atribuibles de forma exclusiva a las personas físicas. El verdadero problema ocurriría si se quisiera hacer responder penalmente a una persona jurídica que no tiene ningún tipo de relación con el hecho delictivo, es decir imputar a una persona jurídica por la comisión de un hecho delictivo de otra persona jurídica; como este supuesto no se producirá dentro del sistema penal español, porque la persona jurídica imputada es aquella cuyo hecho delictivo fue ejecutado por uno de los empleados de su organización o por una persona con capacidad de decisión y autoridad tal como lo indica el artículo 31 bis en su apartado 1, no se incumple el principio de personalidad de las penas.

Después de estudiar la compatibilidad de concepto de culpabilidad, tanto en su sentido amplio como en su sentido estricto, con la naturaleza de la persona jurídica y sus características peculiares, es evidente que no todos principios de la culpabilidad ni todos sus elementos se cumplen rigurosamente. Incluso habiendo estudiado la forma en que la persona jurídica puede razonar o hacer valoraciones morales, nada de esto es suficiente para cumplir con las exigencias del principio de culpabilidad como lo hace una persona física. A pesar de sus capacidades de razonamiento y de valoraciones moral la persona jurídica mantiene diferencias claras respecto a la persona física que le impiden cumplir de la misma forma con el principio de culpabilidad.

2. El principio de culpabilidad y la segunda velocidad del derecho penal

Para los que se oponen a la responsabilidad de la persona jurídica la discusión acaba en este punto; ya que en el caso de las persona jurídicas no se cumplen con todas las exigencias de la culpabilidad como en el caso de las personas físicas, no

se puede hablar de responsabilidad penal y tampoco se puede castigar a la persona jurídica con una sanción como la pena.

Sin embargo, si bien es cierto que la naturaleza de la persona jurídica no permite cumplir de forma completa con todas estas exigencias de la culpabilidad ello no supone un obstáculo definitivo para que no se pueda hablar de responsabilidad penal o de la posibilidad de imponer una pena a esta clase de personas. La solución al problema de la culpabilidad de la persona jurídica la proporciona, a nuestro entender, Silva Sánchez²⁸³ y su propuesta de la existencia de una segunda velocidad del derecho penal.

Silva explica que el derecho penal moderno encara un nuevo problema: por un lado está la privación de libertad, que es la sanción tradicional y con la afectación personal más grave respecto a la persona a quien se le aplica dicha sanción y que siempre requiere, para poder salvaguardar los derechos fundamentales y las garantías constitucionales, una imputación personal en la que se cumplan de forma estricta todos los principios político-criminales (entre ellos el de culpabilidad); y por otro lado existe un conflicto, entre el derecho penal de mínima intervención y un derecho penal más amplio, que nace de una creciente demanda social de punición. De acuerdo a Silva el derecho penal puede mantener su coherencia si, en los casos de actuaciones delictivas que tienen asignadas como sanción una pena de privación de libertad se respeta rigurosamente tanto las reglas de imputación personal como los principios político-criminales; sin embargo en los casos de actuaciones delictivas que no estén castigadas con una pena privativa de libertad se podrían flexibilizar tanto las reglas de imputación personal como los principios que rigen el derecho penal. La razón de poder flexibilizar esos criterios sería que las penas que se imponen en dichos casos no tendrían la misma afectación para la persona castigada que cuando se le restringe su derecho a la libertad. Este fenómeno de un derecho penal flexibilizado tanto en su imputación personal como en sus principios criminales sería el llamado “derecho penal de segunda velocidad”. Para Silva los problemas

²⁸³ SILVA SANCHÉZ, JESÚS MARÍA. (2011). *La expansión del Derecho penal*. (pág. 178-182). En Buenos Aires: editorial B de f.

del derecho penal de segunda velocidad son: primero que se continúa castigando a ciertos delitos socio-económicos con penas de privación de libertad, y segundo que no existe certeza sobre el efecto estigmatizador que gozaría un derecho penal que no prevea la pena de prisión. Pero estos problemas no se presentan en el caso de las personas jurídicas. Como ya vi en el capítulo tercero de este trabajo, a la persona jurídica no se le puede imponer una pena privativa de libertad, por lo que su situación encajaría perfectamente con el escenario contemplado por Silva en el que se pueden flexibilizar ciertas exigencias del derecho penal, como es el caso de la culpabilidad por no existir dicha posibilidad de castigar con penas privativas de libertad; en cuanto al efecto estigmatizador, también analicé cómo este sigue presente en todas las penas que pueden imponerse a la persona jurídica debido a diversos factores: el hecho de que se lleve a cabo un proceso penal para la aplicación de estas sanciones, la consideración de penas graves a todas las sanciones que puede imponerse a la persona jurídica, la repercusión reputacional que conlleva para una persona jurídica el ser procesada penalmente y posteriormente castigada, y la existencia de antecedentes penales si se llega a una sentencia condenatoria.

La flexibilización de los principios y del contenido de la culpabilidad no tendría problemas para encajar dentro de este derecho penal de segunda velocidad si además consideramos que el sujeto al que se castiga es una persona jurídica y no una persona física. Cuando Silva elabora su teoría de la segunda velocidad del derecho penal permite dicha flexibilización porque el padecimiento que soporta el sujeto castigado no es tan alta comparado con el que sufriría si se tratara de una pena privativa de libertad, es decir que Silva accede a permitir que la imputación personal y la exigencia de principios se relajen porque no hay una afectación corporal. Si algo caracteriza la diferencia entre la persona jurídica y la persona física es esta ausencia de un cuerpo material propio por parte de la primera persona, y que tiene como consecuencia principal que la persona jurídica no sienta de forma directa sensaciones como displacer²⁸⁴ o sufrimiento, pero además tampoco podrá

²⁸⁴ SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. (2013). *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*. (pág. 33-34). En Barcelona: editorial Atelier.

ser castigada con ninguna forma de pena que suponga una afectación corporal. Incluso si el principio de culpabilidad y su contenido se relajan en el caso de la persona jurídica, ello no es problema para poder seguir hablando de una responsabilidad penal o de la posibilidad de imponer una pena como castigo a esta persona debido a la imposibilidad de imponer penas corporales. También es importante notar que cuando hicimos alusión al incumplimiento de la culpabilidad, tanto en su vertiente amplia como en su versión restringida, no nos referíamos a un incumplimiento total sino parcial. Esta forma de cumplir parcialmente con ciertos aspectos de la culpabilidad se refleja, por ejemplo, a través de sus elementos, como el de imputabilidad o el de dolo o imprudencia, que pueden ser atribuidos a la persona jurídica pero a través de una fase intermedia y no de forma directa. De esta forma, la DIC, el sentido y el significado que adquieren las actuaciones de las personas físicas dentro de la organización de la persona jurídica, y la racionalidad y consistencia en la toma de decisiones de esta entidad permiten eludir un incumplimiento total de la culpabilidad, tanto en su sentido amplio como restringido.

Aunque autores como Beatriz Goena aceptan la teoría de la segunda velocidad del derecho penal, en el momento de denominar las penas que emanan de esta segunda velocidad prefieren utilizar un término diferente como el de <<correctivos>>²⁸⁵ argumentando que llamarlas penas o penas de segunda velocidad resulta confuso. Sin embargo no encuentro problemas o posibles confusiones en denominarlas penas, o si se prefiere <<penas de segunda velocidad>>, porque se está haciendo referencia a su verdadera naturaleza; entiendo que la teoría de la segunda velocidad del derecho penal no sea compartida por cierta parte de los estudiosos del derecho penal, pero no se puede negar que la prueba irrefutable de la existencia de esta segunda velocidad es la misma introducción en diferentes ordenamientos jurídicos de derecho continental de la responsabilidad penal de la persona jurídica, por lo que más allá de seguir discutiendo sobre la forma correcta de denominar a los castigos penales de la

²⁸⁵ GOENA VIVES, BEATRIZ. (2017). *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*. (pág. 133-137). En Madrid: Editorial Marcial Pons.

persona jurídica, la verdadera discusión debería centrarse en explicar y entender mejor en qué consiste esta segunda velocidad del derecho penal y cómo está evolucionando en los últimos años.

B. Las posiciones doctrinales sobre el fin de la pena para la persona jurídica

Habiendo disipado la problemática de la culpabilidad de la persona jurídica ahora procede establecer qué finalidad obedece la pena que puede imponerse a la persona jurídica. No se trata de un paso cualquiera en la determinación de la naturaleza y características de este castigo penal, sino de una labor de especial relevancia porque de ella derivan aspectos elementales como la legitimidad de la pena o la determinación de la pena que vaya a aplicarse en el caso concreto.

Lo ideal hubiera sido que la modificación del Código Penal de 2010 que dio origen a la responsabilidad penal de las personas jurídicas se hubiera pronunciado sobre la finalidad del catálogo de penas que implementó para castigar a estas personas, pero sobre ello no se hizo ninguna mención ni en el preámbulo ni el articulado de este Código; las cosas no cambiaron con la nueva modificación del Código Penal en 2015, que aumentó ciertas regulaciones sobre la responsabilidad penal de la persona jurídica y sobre el Compliance Program, pero no se pronunció sobre la finalidad del catálogo de penas. Ante esta falta de pronunciamiento por parte del legislador hay que acudir a la doctrina para determinar a qué finalidad obedecen las penas que pueden imponerse a las personas jurídicas; aunque debo apuntar que actualmente no hay un acuerdo unánime sobre este punto. Es por ello que a continuación expondré las diferentes posiciones doctrinales sobre la finalidad de las penas en el caso de una persona jurídica y terminaré ofreciendo mi postura sobre este aspecto.

1. Prevención general disuasoria

En esta parte del estudio volvemos a los trabajos de Silva sobre el fin de la pena. Aunque antes de entrar a analizar el fin de la pena, querría recordar que Silva diferencia entre la pena de multa para la persona jurídica y el resto de penas del artículo 33.7 b) a g) del Código Penal. Según este autor la primera muestra de una clara diferenciación entre la multa y el resto de penas del artículo 33.7 resulta de su posibilidad de aplicación y del quantum de su extensión²⁸⁶: mientras que para las penas b) a g) del artículo 33.7 la imposición obedecería únicamente a necesidades postdelictivas, en el caso de la multa la imposición siempre es obligatoria. Estas diferencias son de orden preventivo especial en el caso de las penas b) a g) del artículo 33.7 ya que se aplicarían si resultasen necesarias para evitar que se siga llevando a cabo la actuación delictiva o para paralizar sus efectos, o por razones económico-sociales, y por todo ello Silva reconduce estas sanciones a la categoría de medidas de seguridad. Por lo tanto al hablar del fin de la pena, Silva sólo se refiere al fin de la multa para la persona jurídica²⁸⁷, que aunque la considera como la única verdadera pena del catálogo de sanciones establecido por el Código Penal para la persona jurídica también considera que no es equivalente a una pena en el sentido tradicional.

Para entender mejor qué fin atribuye Silva a la multa que puede imponerse a la persona jurídica, debo señalar que este autor entiende que la intervención del Derecho Penal obedece a un fin de prevención general disuasoria²⁸⁸. Esta prevención general disuasoria se caracteriza en un primer momento por su carácter intimidatorio (lo que se considera como su vertiente negativa), que no debe ser entendido como una forma de transacción social en la que la comisión de una

²⁸⁶ SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA. (2013). Criminalidad de empresa y Compliance: Prevención y reacciones corporativas. (pág. 32-33). En Barcelona: editorial Atelier.

²⁸⁷ Pero además de diferenciar entre la multa como única pena para la persona jurídica y el resto de sanciones del artículo 33.7 b) a g) del Código Penal, Silva también diferencia entre la pena para la persona jurídica y la pena tradicional para las personas físicas de acuerdo al siguiente razonamiento: la pena de la persona jurídica no es igual a la de una persona física, la pena de la persona física presupone su culpabilidad mientras que esta presunción no opera en el caso de la persona jurídica.

²⁸⁸ SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA. (2012). Aproximación al Derecho Penal contemporáneo. (pág. 492-494). En Buenos Aires: editorial B de f.

actuación delictiva lleva aparejada la aplicación de una pena como si se tratara de un precio; pero aparte de su vertiente negativa o intimidatoria el derecho penal también posee una vertiente positiva, que constituye la otra gran característica de esta prevención general, y que se traduce en el establecimiento de una serie de normas de conducta que imponen a sus destinatarios unos deberes, y esta imposición de conductas permite a su vez comunicar un reproche ético social en caso de vulnerarse dichas conductas. La particularidad en el supuesto de la multa de las personas jurídicas radicaría, de acuerdo con Silva²⁸⁹, en que la vertiente negativa de la prevención general disuasoria no sería posible en el caso de estas entidades porque la intimidación de la pena contiene un sustrato psicológico, que se dirige a los delincuentes como sujetos racionales capaces de entender esa coacción psicológica, y las personas jurídicas no serían capaces ni de razonar ni de experimentar la sensación de displacer (asociada al miedo de la pena). Rechazando categóricamente la aplicación de la vertiente negativa de la prevención general disuasoria en el caso de las persona jurídicas, Silva se abre a la posibilidad de que la multa, aplicada en el caso de que se determine que estas entidades sean penalmente responsables, pueda cumplir con la vertiente positiva de la prevención general: en estos casos sí se podría hablar de una finalidad comunicativa porque el castigo penal de las personas jurídicas, a través de ciertas medidas de comportamiento, las obliga a reconducir su forma de organización y de autoregulación.

A lo largo de la presente tesis ya expuse mis argumentos del cómo y la razón por la que debe entenderse que una persona jurídica no es una simple agrupación de personas, sino que su realidad, su complejidad organizativa, su estructura y forma de adoptar decisiones y las dinámicas internas la dotan de un carácter racional. También expliqué cómo existe la posibilidad de que la persona jurídica sea capaz de ser un agente moral que percibe cierto tipo de emociones en función a los objetivos que propone alcanzar; ello le permitiría ser intimidada o sufrir por una pena que se le impone, y por lo tanto me cuesta estar de acuerdo con los argumentos de

²⁸⁹ Vid. Supra 286.

Silva cuando asegura que la persona jurídica no es capaz de <<sufrir>> cuando se le impone una pena. Ciertamente me ha sido iluminador el argumento de Silva en el supuesto de la doble velocidad del derecho penal²⁹⁰, pero respecto a las personas jurídicas no concuerdo con el autor en hacer una diferenciación de categorías entre la multa y el resto de sanciones del artículo 33.7 b) a g) del Código Penal (punto que explicaré en detalle más adelante), así como lamentablemente tampoco comparto su idea de que el fin preventivo general disuasorio se aplica únicamente en su vertiente negativa en el caso de estas entidades.

Si no comparto con Silva la idea de que la prevención general disuasoria sólo estaría presente en su vertiente positiva es porque, como ya dije, existe la posibilidad de considerar a la persona jurídica como ente racional y con capacidad de valoración moral considero que esta persona podría llegar a ser intimidada; pero también porque si se analiza un poco más en detalle la vertiente positiva de la prevención general disuasoria, se puede llegar a la conclusión de que esta dimensión igualmente se produce gracias a procesos psicológicos que sólo son posibles en entes racionales y que puedan ser considerados como agentes morales. En efecto, siguiendo la obra de Feijoo Sánchez²⁹¹, que a su vez bebe en los argumentos de Jakobs y Gefährdung, puedo concluir que quienes defienden la vertiente positiva de la prevención general están de acuerdo en que la pena también cumple una labor de integración social a través del despliegue de efectos complementarios de psicología social²⁹² en sus destinatarios:

- La enseñanza y el aprendizaje sobre fidelidad al ordenamiento y sobre la juridicidad de la generalidad de la población. Se trataría de un efecto sociopedagógico de la pena que mostraría a las personas en general que

²⁹⁰ Véase apartado 2 del presente capítulo.

²⁹¹ FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO. (2014). *La pena como institución jurídica*. (pág. 169-180). En Buenos Aires: editorial B de f.

²⁹² Es cierto que cuando Feijoo explica estos efectos de psicología social lo hace desde la perspectiva de la prevención general positiva, pero la dimensión positiva a la que hace referencia Silva también transmite un mensaje de reproche social que sólo es posible captarlo por sus destinatarios si en ellos también se producen estos mismos efectos psicológicos sociales.

optar por la actividad delictiva no es lo adecuado y que su mejor conducta es aquella que se aferra al Derecho. De acuerdo a Jakobs²⁹³ se trataría de naturalizar en el comportamiento de las personas su fidelidad al ordenamiento jurídico, y limitando la importancia de la intimidación a una forma de compensación del daño que produjo aquel que delinquiró.

- El segundo efecto psicológico de la vertiente positiva de la pena consistiría en una reivindicación de la confianza de las personas en que las normas del ordenamiento jurídico están vigentes y despliegan su protección frente a la comisión de delitos.
- El tercer efecto sería una consecuencia de los dos anteriores que producirían una tranquilidad jurídica social que produciría efectos preventivos a su vez. Los dos efectos anteriores evocarían en las personas un pensamiento de que están dentro de un sistema jurídico efectivo consiguiendo así entre sus miembros una paz social. De esta forma la función positiva de la pena sería traer consigo una paz social, que más que una situación de hecho vendría a ser un estado mental de las personas que sienten que la respuesta ante un acto delictivo fue justa y útil.

Todos estos efectos de carácter psicológico se producen a nivel colectivo, y Feijoo lo denomina como un refuerzo de la lealtad al Derecho por parte de las personas. Entonces parece claro que tanto la vertiente intimidatoria (negativa) como la comunicadora del reproche ético-social (positiva) de la prevención general tienen un contenido psicológico que sólo puede ser captado por personas racionales; por lo tanto considero que Silva quizás se contradice al enfatizar que sólo la vertiente positiva podría ser aplicable a las personas jurídicas. El prestigioso autor quizás no tuvo en cuenta que la prevención general disuasoria contiene elementos mentales que apelan a la razón tanto en su

²⁹³ JAKOBS, GÜNTHER. (2004). *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal*. (pág. 57-60). En Bogotá: editorial Universidad del externado de Colombia.

vertiente negativa como en la vertiente positiva, y es por ello que si uno toma una postura en favor o en contra de la posibilidad de razonar de la persona jurídica no puede decantarse por una posición intermitente respecto a la prevención general disuasoria; es decir, o bien se considera que la persona jurídica puede razonar y tener aptitudes de valoración moral y por lo tanto la finalidad preventiva general disuasoria se aplica en sus dos vertientes de intimidación y de comunicación, o bien se niega que la persona jurídica pueda poseer dichas cualidades y se descarta que la pena pueda ejercer su finalidad preventivo general.

2. Prevención general negativa

Dentro del grupo que sostiene que la pena cumple un fin de prevención general negativa están quienes defienden la posición del Análisis Económico del Derecho. La visión del Derecho como un fenómeno que pueda entenderse en términos de coste y beneficio comienza con los estudios de Jeremy Bentham y John Stuart Mill, tal como lo explica Feijoo en su obra²⁹⁴. Pero eso fue sólo el primer escalón, el mayor aporte fue de Gary Becker y su obra “Crime and Punishment: An Economic Approach” en 1968, según lo expone Alon Harel²⁹⁵. Harel explica que desde esta perspectiva se intenta aplicar un modelo económico neo clásico, en el que la comisión del crimen es un resultado de una actividad racional del delincuente en términos de utilidad: calcular la utilidad que le reportaría el cometer el delito en comparación con el coste de las medidas para prevenir dicho delito. La utilidad que obtiene puede ser un beneficio monetario, placer sádico o satisfacción sexual, y el coste puede ser monetario, privación de libertad, estigma de sufrir una sanción penal, beneficios no obtenidos. Una vez que se identifican todos los comportamientos antisociales ante los cuales se activará el proceso penal para

²⁹⁴ FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO. (2014). *La pena como institución jurídica*. (pág. 84-85). En Buenos Aires: editorial B de f.

²⁹⁵ HAREL, ALON; HYLTON KEITH N. (2012). *Research Handbook on the Economics of Criminal Law*. (pág. 10-20). En Cheltenham: editorial Edward Elgar Publishing Limited.

imponer la pena correspondiente, se debe determinar cuál debe ser la extensión de la pena. La aproximación económica del derecho penal indica que habría que diferenciar entre la pena real y la pena que se espera imponer. La pena actual sería aquella que descrita en el Código Penal, es decir la pena en abstracto para un determinado delito; la pena que se espera imponer resultaría de multiplicar la pena actual por la probabilidad de descubrimiento del delito y de llegar a una sentencia condenatoria. Son estos últimos dos factores los que determinarían la capacidad de prevención de una pena; sin embargo hay dos posiciones sobre qué debe entenderse por cuál es la pena más óptima que se debe esperar imponer: una posición entiende que la pena óptima es aquella que iguala el daño que se espera producir por la comisión del delito, porque de esta forma el delincuente potencial sólo delinquirá si espera obtener una utilidad mayor al daño que puede llegar a causar su delito, provocando que el delincuente pueda sentir en carne propia el daño que causó cometiendo el delito (teoría de la internalización); la otra posición entiende que la pena simplemente debe garantizar la prevención del delito por lo que la pena óptima es aquella que supera la utilidad que se espera obtener de la comisión del delito (teoría de prevención). Harel concluye que no existe una respuesta definitiva sobre cuál de las dos posiciones es la acertada y se decanta por una solución intermedia, según la cual la decisión de aplicar la teoría de prevención o la teoría de la internalización dependerá de cada escenario que se presente y si existe o no un mercado de oferta y demanda eficiente.

El argumento de los defensores del Análisis Económico del Derecho para sostener que las penas aplicables a la persona jurídica seguirían un fin de prevención general negativa se vería reforzado porque esta clase de personas son entidades que se mueven y operan para obtener un lucro económico, valorando siempre en sus acciones aquellas actuaciones que les reportan beneficios económicos, tal como lo señala Agustina Sanllehí²⁹⁶.

²⁹⁶ AGUSTINA SANLLEHÍ, JOSÉ. (2010). *El delito en la empresa. Estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control del empresario*. (pág. 252). En Barcelona: editorial Atelier.

Sin embargo no hay pocas razones por las que no comparto que las penas aplicables a las personas jurídicas sigan este fin preventivo negativo. Mi primera discrepancia surge respecto a las dos formas de considerar lo que debe entenderse por pena óptima. Como expliqué, Harel indica que para calcular la pena que debe imponerse hay una ecuación simple en la que (S) es la pena que se espera imponer, (P) la probabilidad de detección del delito y de su condena penal, y (A) la sanción actual que se contempla en el Código Penal. Entonces la pena (S) que se espera imponer resultaría de multiplicar (P) por (A): $(S) = (P) \times (A)$. Supongamos por un lado que $(P) = 10\%$, en el caso de la teoría de la internalización (A) debería ser igual al daño causado por el delito (D); sin embargo cuando se produce un delito, el valor del daño que este representa para la víctima puede ser diferente al valor que obtiene quien pretende delinquir, por lo que (D) podría tener un valor de 100X para la víctima pero un valor de 300X para el posible delincuente. Según la teoría de la internalización la sanción actual que permitiría igualar el daño producido sería 1000X, ya que siendo de 10% la probabilidad de detección y sentencia entonces la sanción que se espera aplicar sería igual a $(S) = 1000X \times 10\% = 100X$; como el posible delincuente recibe un valor de 300X (superior a 100X) de su acto delictivo continuará con su actuación a pesar de existir una pena que igualaría el daño provocado por dicho delito; por lo que la teoría de la internalización y su entendimiento de lo que es una sanción óptima no impediría prevenir la comisión de un delito en determinados casos.

Quedaría la opción de la teoría preventiva y su consideración de que la pena apropiada es toda aquella que sea superior a la utilidad que se espera obtener de la comisión del delito. Pero el propio Harel afirma que esta teoría es aplicable cuando se da un escenario de un mercado eficiente. El primer problema de esta teoría radica en que la eficacia de un mercado tiene diferentes variantes: puede ser débil, eficiente o fuerte en función a la información de la que haga uso un determinado mercado²⁹⁷. Eso quiere decir que si la aplicación de la teoría preventiva

²⁹⁷ GARCÍA ESTEVEZ, PABLO. (2017). *La teoría del mercado eficiente*. Business Review: Revista Harvard Deusto. Nro. 271. Recuperado de <https://www.harvard-deusto.com/la-teoria-del-mercado-eficiente>

requiere de un mercado efectivo, y si ese mercado efectivo puede variar y presentar varias versiones, entonces la aplicación de la teoría preventiva también variará; esta posibilidad de variación es algo que no contempla el clásico Análisis Económico del Derecho.

Mi segunda crítica a esta visión de prevención general negativa sobre el fin de la pena para la persona jurídica es de naturaleza económica y consiste en que requiere que quien vaya a cometer el delito se caracterice por ser de riesgo neutro. Tal como lo explica Jonathan R. Macey²⁹⁸ el cálculo de la sanción que se espera aplicar, que resulta de multiplicar la sanción actual por la probabilidad de detección y sentencia condenatoria del delito, sólo funciona cuando el delincuente es de riesgo neutro, y no sirve en caso contrario. Macey sostiene, en una construcción muy propia del autor, que esta característica de riesgo neutro no está presente en las personas jurídicas (en especial aquellas que cotizan en la bolsa) porque ello sólo sería posible si los intereses de los administradores y los accionistas coinciden, lo cual no se produce siempre porque la actitud de los accionistas tiende a decantarse por llevar a cabo acciones de riesgo (ya que normalmente sus inversiones son diversas y no se concentran en una sola persona jurídica, por lo que pueden permitirse la libertad de correr riesgos) mientras que los administradores son operadores adversos a tomar riesgos (porque normalmente el puesto de administrador lo desempeñan con exclusividad y lo llevan a cabo con diligencia y precaución). A esta crítica se suman otras, que expone Caitlin en su artículo²⁹⁹, que niegan la existencia de un mercado realmente eficiente debido a varios factores: la primera de ellas es la existencia de burbujas y colapsos en el mercado, estos últimos son eventos que, siguiendo la teoría de los mercados eficientes, no deberían existir porque los inversores tendrían a su disposición todas las informaciones necesarias

²⁹⁸ MACEY, JONATHAN R. (1991). *Agency theory and the Criminal liability of Corporations*. Yale Law School Faculty Scholarship series. Nro. 1716. Recuperado de https://digitalcommons.law.yale.edu/fss_papers/1716

²⁹⁹ CATTILIN, BECCA. (2020, 19 de marzo) *¿Qué es la hipótesis del mercado eficiente (EMH)?*. IG. <https://www.ig.com/es/estrategias-de-trading/-que-es-la-hipotesis-del-mercado-eficiente--emh---200302>

para evitar que se produzcan, sin embargo ello no es así porque estas crisis sí tienen lugar, siendo la última de ellas la que se produjo en 2008; la existencia de anomalías de mercado en las que el valor de una acción no sigue el trayecto esperado por el mercado eficiente, y tienes subidas o bajadas repentinas e inesperadas; el inversor no siempre actúa de forma racional y puede tomar sus decisiones en función a su entorno social o sus emociones, lo que se conoce como economía conductual. Si el escenario hipotético de riesgo neutro que requiere la teoría de la prevención para calcular cuál es la pena óptima difícilmente vaya a producirse, entonces esta teoría tampoco es una opción viable para los fines que le interesan a la prevención general negativa. De esta forma quedarían descartadas ambas teorías de las que hace uso el Análisis Económico del Derecho para justificar su idea de que la pena para la persona jurídica cumple un fin preventivo general negativo. Como resulta evidente, mis primeras dos críticas a la defensa de un fin preventivo general negativo de la pena para la persona jurídica tienen elementos de carácter económico, y se trata de conocimientos básicos sobre el aspecto económico pero entiendo que son necesarios resaltarlos en esta parte del trabajo porque es una exigencia que resulta de haber abordado un estudio sobre la posición de los analistas económicos del Derecho; si los defensores de esta posición mezclaron conocimientos económicos y legales, hay que emplear el mismo método para poder rebatir sus argumentos.

Mi tercera crítica es de estricto carácter legal y nace del hecho de que el actual Código Penal español no tomó en consideración los cálculos sobre utilidades elaborados por el Análisis Económico del Derecho, y de cierta forma a ello hace alusión Gómez Jara³⁰⁰ cuando analiza las formas de calcular la pena de multa para la persona jurídica. En efecto, ya mencionamos en el tercer capítulo de este trabajo que las penas que el Código Penal aplica a las personas jurídicas pueden calcularse en función a unos criterios que no guardan ninguna relación con el sistema de ecuaciones que maneja el modelo económico neoclásico: la multa puede ser proporcional al beneficio obtenido, al perjuicio causado, a la cantidad defraudada u

³⁰⁰ GÓMEZ-JARA DÍEZ, CARLOS. (2012). *EL sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo código penal español*. En SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA (dir.); PASTOR MUÑOZ NURIA (coord.). *El nuevo Código Penal*. (pág. 89-94). En Madrid: editorial La Ley.

obtenida, o al valor del objeto obtenido, según lo dicta el apartado 4 del artículo 52 del Código Penal; pero incluso si no fuera posible calcular el múltiplo proporcional, la multa que se impone tampoco usa una de las ecuaciones del Análisis Económico del Derecho, sino que para su determinación usa como referencia la pena contemplada para la persona física por la comisión del mismo delito. Para complementar esta crítica nos parece adecuado aludir a Feijoo³⁰¹ quien señala que, hoy en día en el ordenamiento jurídico español y en aquellos ordenamientos jurídicos europeos de derecho continental, la individualización de la pena se determina en función al hecho cometido y a la personalidad del delincuente y no en base a los efectos económico racionales que se espera que la pena tenga en el comportamiento de otras personas. Feijoo también recuerda que en los juristas del derecho anglosajón, cuna de la postura del Análisis Económico del Derecho, hubo una reformulación del planteamiento del fin preventivo general negativo de la pena porque tampoco podían escapar del hecho de que la amenaza es impuesta por la norma y la pena actúa como medio para garantizar la amenaza, y como solución ante ello estos juristas propusieron diferenciar entre el fin de la pena como una institución de la sociedad y la distribución de la pena concreta a quien debe soportarla, dejando cada vez más de lado el entendimiento de la pena como un simple incentivo negativo. Pero además de acuerdo al trabajo de Von Hirsch³⁰² (quien ha influido de manera decisiva en los modelos de castigos penal a las personas jurídicas en ordenamientos anglosajones como el de Estados Unidos) hay que considerar al individuo que sufrirá la pena como un agente moral, y para ello la pena debe revestir tanto un elemento preventivo pero también reprobatorio, ya que de no existir el segundo, la prevención daría lugar a lo que el autor denomina “un control de tigres”.

He visto que sobran los argumentos tanto jurídicos como económicos para descartar la posibilidad de que la pena de la persona jurídica cumple un fin de carácter

³⁰¹ FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO. (2014). *La pena como institución jurídica*. (pág. 89-90). En Buenos Aires: editorial B de f.

³⁰² VON HIRSCH, ANDREW. (1998). *Censurar y castigar*. Traducido por LARRAURI ELENA. (pág. 40-41). En Madrid: editorial Trotta.

estrictamente preventivo general negativo. Pero esto no sólo ocurre con el caso de la persona jurídica, también para las personas físicas ya se había entendido que la prevención general negativa no era el camino adecuado para explicar el fin de la pena porque este fin intimidatorio lleva a la imposición de penas injustas, desproporcionadas o excesivas, tal como lo explica Feijoo³⁰³.

3. Prevención general positiva

Como se puede deducir de todo lo estudiado hasta ahora, encontrar una posición respecto al fin que cumple la pena en el caso de la persona jurídica no es una labor pacífica. Así como sucede con el caso de las personas físicas, también existe otra parte de la doctrina que reivindica un fin de la pena preventivo general positivo, se trata de los defensores del modelo constructivista tal como lo señala Goena³⁰⁴. Sin embargo este fin sólo la cumpliría la pena de multa, ya que el resto de penas del artículo 33.7 del Código Penal cumplirían otro fin. Así lo ponen en evidencia Gómez³⁰⁵ Jara o Feijoo³⁰⁶ cuando plantean que la pena de multa para la persona jurídica cumple con la vertiente de reforzamiento de la vigencia de la norma y con la faceta de estimulación de fidelidad al Derecho, ambas propias de la prevención general positiva, pero que el resto de penas siguen una orientación de prevención especial. Cuando *up supra* estudié la posición de Silva, sobre el fin de la pena, mencioné cómo la vertiente positiva de la prevención despliega unos efectos socio pedagógicos (efecto sociopedagógico de aprendizaje de la pena justa, efecto de

³⁰³ FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO. (2014). *La pena como institución jurídica*. (pág. 130). En Buenos Aires: editorial B de f.

³⁰⁴ GOENA VIVES, BEATRIZ. (2017). *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*. (pág. 112-113). En Madrid: Editorial Marcial Pons

³⁰⁵ GÓMEZ-JARA DÍEZ, CARLOS. (2012). *EL sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo código penal español*. En SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA (dir.); PASTOR MUÑOZ NURIA (coord.). *El nuevo Código Penal*. (pág. 88). En Madrid: editorial La Ley.

³⁰⁶ BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL; FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO JOSÉ; GÓMEZ JARA DÍEZ, CARLOS. (2016). *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. (pág. 273-276). En Pamplona: Editorial Arazandi, SA.

confianza en la protección del ordenamiento jurídico, efectos de pacificación social) en la sociedad en general; debo remarcar que los defensores de la prevención general positiva como Feijoo o Silva no explican cómo la pena despliega estos efectos en las personas jurídicas. El olvido de este último aspecto, por parte de estos autores, podría ser un punto de partida no sólo para someter a crisis la defensa de una prevención general positiva de las penas para la persona jurídica, sino para la responsabilidad penal de estas persona; evidentemente no escaparé a este argumento para poner en solfa esta posición doctrinal, porque ya defendí que la persona jurídica tiene una forma de razonamiento propia y una capacidad de valoración moral que le permitirían entender el mensaje de confianza en la normativa vigente y de fidelidad al Derecho.

Sin embargo tal como sucede en el caso de la prevención general negativa, la prevención general positiva tampoco puede escapar a las críticas que ya se han construido en el caso de las personas físicas y que también son perfectamente válidas para el caso de personas jurídicas. No es el objetivo de este trabajo profundizar en ellas pero deben ser repasadas para entender porque no se puede propugnar un fin de la pena para la persona jurídica que sea exclusivamente preventivo general positivo.

Schünemann³⁰⁷, quien a su vez siguió un trabajo de Von Hirsh y Hörnle, nos permite formular la siguiente opinión. Los autores explican que basar la fundamentación en la idea de prevención general positiva es caer en un razonamiento circular cerrado: como la pena es una respuesta y una reacción ante la actividad delictiva de una persona, y su fin es transmitir la confianza en el Derecho entre el resto de personas, no puede hablarse de legitimación o de la necesidad de imponer una pena concreta a dicho autor (ya que al ser una reacción, podría reaccionarse de otra forma que no fuera mediante la imposición de una pena); en efecto, al poner el foco de luz en las personas (jurídicas en este caso) que no han delinquido y su confianza en el

³⁰⁷ SCHÜNEMANN, BERND. (1997). *Sobre la Crítica a la Teoría de la Prevención General Positiva*. En SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA (dir.) *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal (Libro Homenaje a Claus Roxin)*. (pág. 89-100). En Barcelona: Editorial Bosch.

Derecho, como única fundamentación de la pena, se deja de lado al autor del delito y el daño que produjo con su actuación.

Pero el fundamentar la pena en el hecho de crear fidelidad al Derecho por parte de las personas también conlleva otro tipo de problema, y es que la pena será determinada en función a las tendencias criminales que existan en cierta sociedad en un momento determinado. Tal como lo manifiesta Feijoo³⁰⁸, bajo los argumentos de la prevención general positiva un mismo delito conllevará una pena diferente en dos sociedades si en una de ellas el ordenamiento jurídico no ha llegado a ser lo suficientemente interiorizado por las personas y en la otra sí existe un pensamiento generalizado de que la conducta es reprochable y su comisión no será repetida por otros. Una vez más se pone en evidencia que no habría ninguna proporcionalidad entre la gravedad del delito y la gravedad de la pena, ya sea que el delito hubiera sido cometido por una persona física o jurídica. Pero además si lo decisivo es el comportamiento de otras personas, o mejor dicho su inclinación a cometer delitos, entonces sería lógico castigar a aquellos cuyo comportamiento no se encuentra totalmente fidelizado al Derecho y son más proclives a cometer delitos, lo cual a día de hoy en el ordenamiento jurídico no tendría cabida. El problema se agranda teniendo en cuenta que el proceso a través del cual una persona jurídica interioriza y es influida por el ordenamiento jurídico no está definido o explicado de manera categórica, no existe ninguna explicación sobre ello respecto a las personas físicas y mucho menos respecto a las personas jurídicas. La forma y la extensión en que cada persona decide fidelizarse al Derecho es además una cuestión privada, que no puede ser castigada por el derecho penal porque es una esfera de libertad libre de cualquier forma de intervención penal. Lo lógico es castigar el quebrantamiento de la norma penal, pero no legitimar o fundamentar el castigo penal en función a la disposición interna de otros miembros de la sociedad. Podría argumentarse que en el caso de las personas jurídicas sí se castiga en cierta medida la inclinación de esta persona a cometer delitos si se entiende que su culpabilidad nace de una cultura

³⁰⁸ FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO. (2014). *La pena como institución jurídica*. (pág. 204-212). En Buenos Aires: editorial B de f.

empresarial contraria al Derecho, o como muchos autores³⁰⁹ lo entienden, que la culpabilidad de la persona jurídica proviene de una estructura y organización interna que favorece el quebrantamiento de la norma penal; pero la jurisprudencia³¹⁰ ya se pronunció sobre este aspecto y dejó claro que la persona jurídica en ningún caso es condenada por no contar con un Compliance Program o por estar ausente una cultura de respeto por el Derecho, de lo contrario se estaría condenando a la persona jurídica por un inexistente delito de programas de cumplimiento.

También avisa Feijoo³¹¹ que los colectivos y grupos de personas poseen sesgos cognitivos y emocionales, y aunque no hace referencia expresa al supuesto de las personas jurídicas, está claro que el reflejo más claro de un colectivo de personas que compartan dichos rasgos cognitivos y emocionales es el caso de una persona jurídica. El autor muestra que en estas formas de agrupación social rige un mayor riesgo de ser influenciado y potenciar aquellos pensamientos y emociones que comparte el grupo por la retroalimentación mutua que existe entre los miembros. El

³⁰⁹ GÓMEZ-JARA DÍEZ, CARLOS. (2012). *EL sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo código penal español*. En SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA (dir.); PASTOR MUÑOZ NURIA (coord.). *El nuevo Código Penal*. (pág. 73-75). En Madrid: editorial La Ley.

³¹⁰ Sentencia del Tribunal Supremo 123/2019 de 8 de marzo: “Es evidente que la mera existencia de formas concretas de vigilancia y control del comportamiento de representantes, directivos y subordinados, tendentes a la evitación de la comisión de delitos imputables a la PJ, no constituye, por sí misma, un comportamiento delictivo. La persona jurídica no es condenada por un (hoy inexistente) delito de omisión de programas de cumplimiento normativo o por la inexistencia de una cultura de respeto al Derecho. Para que sea condenada, es precisa la comisión de uno de los delitos que, previstos en la parte especial del Código Penal, operan como delito de antecedente, tal como aparece contemplado en el artículo 31 bis, y que haya sido cometido por una de las personas mencionadas en dicho precepto. La condena recaerá precisamente por ese delito. *La condena recaerá precisamente por ese delito. Y, además, será necesario establecer que esas hipotéticas medidas podrían haber evitado su comisión.*

Por lo tanto, a la persona jurídica no se le imputa un delito especial integrado por un comportamiento de tipo omisivo, sino 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. A ésta le concierne, pues, no solo lo relativo a si su organización contiene medidas o planes de cumplimiento normativo, integrantes o no de un plan completo, establecidas con la finalidad de prevenir delitos o de reducir de forma significativa el riesgo de su comisión. También le afecta todo lo relativo a la prueba de los hechos ejecutados por las personas físicas, con todas las circunstancias que pudieran influir en la evitabilidad del delito concreto imputado, así como a la calificación jurídica de la conducta.”

³¹¹ Vid. Supra 308.

problema radica en que al entender la prevención general positiva que la pena busque frenar o limitar la inclinación de las personas a cometer delitos se estaría entrando en un campo en el que resulta complejo plasmar en términos jurídicos una modulación de la forma de racionalización y emoción de las personas, lo que en última instancia podría llevar a una aplicación arbitraria y poco coherente del derecho penal. Y a ello se suma el hecho de que en la aplicación de la pena a la persona jurídica (al menos en la pena obligatoria de multa como ya estudié a lo largo del presente trabajo), de *lege lata*, no se utilizan criterios para que la pena limite el contagio social de la inclinación criminal.

Todos los argumentos presentados desvelan que la prevención general positiva no puede servir como único y principal fundamento y legitimación para la pena de las personas jurídicas. Esta vertiente positiva de la prevención general suele ser utilizada, como lo hizo Silva con su teoría de la prevención disuasoria³¹², por teorías que aceptan esta vertiente de la prevención como una fundamentación complementaria de la pena, pero que requiere de otra vertiente para suplir todas las falencias y críticas que acabo de analizar; esta visión de la psicología social, como un efecto latente y no como fundamentación principal de la pena, cobra todavía más sentido en el caso de las personas jurídicas porque los estudios sobre la cognición y las emociones grupales aún son muy preliminares.

4. La retribución

En contra de cualquier idea de prevención general está una posición doctrinal minoritaria que defiende que la pena para la persona jurídica cumple un fin retributivo. Sylvia Rich³¹³ expone argumentos interesantes respaldando la idea de que la condena penal de una persona jurídica sigue un fin retributivo. Para ser más preciso, lo que Rich expone es una teoría retributiva de la pena en el caso de

³¹² Vid. Supra 288.

³¹³ RICH, SYLVIA. (2016). *The Moral Agency of Corporations and its Implications for Criminal Law Theory*. (pág. 230-240). Universidad de Oxford. En Oxford: Oxford University Press.

personas jurídicas usando elementos de trabajos previos de Von Hirsch. La autora insiste en que optar por el camino de la retribución o <<dessert>> es la vía que mejor explica aplicar una condena penal a las personas jurídicas por un motivo positivo y otro negativo. El motivo positivo consiste en que una pena con fines retributivos obliga a considerar al sujeto castigado como un agente moral, lo que en el caso de las personas jurídicas es preferible, frente a la opción de simplemente considerarlas como entidades amorales que sólo se mueven siguiendo términos de beneficios económicos, ya que de esta forma se puede exigir de ellas un comportamiento moral conforme al bienestar general de la sociedad o mejor dicho conforme a lo que la sociedad espera de ella; es decir, aplicar una teoría de retribución (incluso en su variante en la que no se castiga la inmoralidad del acto delictivo, sino que se reivindica la relación legal de autonomías entre individuos) conduciría a aplicar un sistema penal que impulsaría a las personas jurídicas a entender por completo su responsabilidad frente a otras personas. En cuanto al motivo negativo, Rich traslada a su argumentación la propuesta teórica de Von Hirsch y Ashworth³¹⁴ en la que aseguran que la censura del castigo penal, desde una perspectiva retributiva, permite desarrollar un razonamiento que a su vez permite hacer una distinción entre actividades ilegales que ameritan ser perseguidas por la vía penal y otras prácticas que deben ser castigadas mediante otra vía judicial.

El problema que la propia autora plantea a su construcción teórica consiste en que la persona jurídica no puede sufrir el castigo penal, y que esa imposibilidad de sufrir impide que el castigo que se impone a la persona jurídica pueda denominarse como una pena. Ello es así porque, al haber seguido los estudios de Von Hirsch³¹⁵, Rich entiende que la pena debe poseer los elementos de censura y de sufrimiento, y si la persona jurídica no puede sufrir la pena que se le aplica entonces no se trata de una pena, la imposibilidad de sufrir conduce a la imposibilidad de poder ser penada.

³¹⁴ VON HIRSCH, ANDREW; ASHWORTH ANDREW. (2005). *Proportionate Sentencing: Exploring the Principles*. (pág. 17). En Oxford: Oxford University Press.

³¹⁵ VON HIRSCH, ANDREW. (1998). *Censurar y castigar*. Traducido por LARRAURI ELENA. (pág. 34-42). En Madrid: editorial Trotta.

Para Rich, a pesar de contar con una DIC y una estructura lo suficientemente compleja para dotar a la persona jurídica de capacidad de razonamiento y de valoración moral, esta entidad nunca sufrirá directamente por la imposición de una pena; aunque Rich construye una base argumental para defender la posibilidad de que una persona jurídica sea un agente moral capaz de percibir emociones, el problema del sufrimiento es su forma de imputárselo a la persona jurídica: la capacidad de ser agente moral de la persona jurídica nace a partir de un conjunto de aportaciones de sus propios miembros y de la complejidad en su forma de organizarse y tomar decisiones (DIC), por lo tanto la emoción de sufrimiento antes de poder imputársela a la persona jurídica deberá pasar por los miembros de su organización, lo cual hace de este sufrimiento una emoción que no pueda ser sufrida directamente por la persona jurídica en virtud de la pena que se le impone, y la pena siguiendo la teoría retributiva de la línea de Rich debe impartir sufrimiento directamente sino no puede ser considerada como tal.

Sin embargo antes de seguir estudiando cómo Rich propone salvaguardar la falta de sufrimiento y la consecuente imposibilidad de penar a una persona jurídica, tengo que hacer ciertas observaciones sobre sus argumentos. Respecto al motivo positivo para fundamentar y respaldar la aplicación de una teoría retributiva de la pena en el caso de la persona jurídica nos encontramos en desacuerdo con la autora, porque no se trata de un argumento que fundamente la aplicación de una teoría retributiva sino una consecuencia de lo que sucedería en el caso de aplicar la teoría retributiva; es decir, para que la aplicación de una teoría retributiva de la pena tenga sentido el sujeto castigado debe ser un agente moral, la característica de agente moral no nace porque se aplique la teoría retributiva de la pena a la persona jurídica, sino que debe probarse previamente (tal como hice en la presente tesis) que la persona jurídica tiene aptitudes morales. En lo que concierne al motivo negativo sobre la posibilidad de diferenciar actos perseguibles penalmente o actos perseguibles por otra vía judicial, se trata de otra ventaja que resultaría de la aplicación de la teoría retributiva en lugar de una teoría preventiva: la consecuencia de aplicar una teoría (ya sea retributiva o preventiva) no puede ser usada como una base para explicar el motivo de su aplicación, ya que ello resultaría en una argumentación en círculos.

En cuanto al aspecto del sufrimiento, Rich propone una alternativa para salvar su propuesta de aplicar la teoría retributiva al caso de la persona jurídica. La autora explica que el castigo penal opera de forma diferente para la persona jurídica tanto en su forma de censurar como de imponer un sufrimiento. Al momento de censurar, la pena no transmitiría directamente a la persona jurídica, el mensaje de que la conducta llevada a cabo es reprochable, sino que la comunicación sobre el carácter reprochable de la conducta se haría a la comunidad en general y la persona jurídica sería el medio para transmitirlo. Si esta forma de ver a quien soporta la pena como un medio y no un destinatario final es insostenible si se tratara de una persona física, ello no es inviable en el caso de una persona jurídica por sus diferentes aptitudes morales. El requisito de sufrimiento sería subsanable, en el caso de entidades que no pueden sentirlo directamente en virtud de la imposición de una pena, si el castigo penal consiste en una privación de derechos lo suficientemente seria para transmitir el mensaje al resto de la sociedad de que la conducta delictiva cometida es reprochable; y considerando que dentro de esa sociedad también se incluye a los propios miembros de la organización de la persona jurídica entonces la comunicación respecto a la conducta reprochable y la consecuente respuesta moral, que a su vez desencadenaría en una mejora de la aptitud moral de la propia persona jurídica. Con estas modificaciones Rich considera que la teoría retributiva puede seguir aplicándose a la persona jurídica, porque se conservan sus principales objetivos como la censura del acto delictivo cometido y la comunicación al resto de la sociedad sobre su reprobación moral, además que se reconoce la diferencia entre la persona jurídica y la persona física al momento de ser castigadas penalmente.

A pesar de su intento de preservar la idea de aplicar la teoría retributiva, Rich nunca llega a explicar cómo el castigo penal puede ser catalogado como una pena si no puede infligir sufrimiento en la persona jurídica; aunque explica cómo operaría la censura, la autora nunca llega a explicar de forma convincente cómo llenar el vacío del elemento de sufrimiento, es decir, nunca rebate el propio argumento que según ella imposibilitaría penar a una persona jurídica: la pena requiere de los elementos de censura y sufrimiento, si uno de ellos no está presente entonces no se puede hablar de pena y a pesar de que a la persona jurídica se le puede censurar, Rich no

cree que se pueda hacerla sufrir. Aunque los argumentos de la autora sobre comunicación social y reproche del acto delictivo son válidos ello no equivale ni reemplaza la posibilidad de hacer sufrir a la persona jurídica.

En mi opinión el problema que se plantea Rich respecto al elemento del sufrimiento es innecesario. En efecto, sabiendo que la teoría retributiva que sigue Rich es la defendida por Von Hirsch, es cierto que el sufrimiento es uno de los elementos de la sanción penal sin embargo el autor nunca llega a considerar que el sujeto castigado deba inexcusablemente padecer un sufrimiento para que una sanción penal pueda ser catalogada como pena. Para Von Hirsch la necesidad del sufrimiento se justifica por razones preventivas y no sólo para hacer padecer esa sensación a quien recibe la sanción penal, se trata de la forma en la que se expresa la censura. Además esta prevención que nace del elemento de sufrimiento operaría como componente complementario a la censura, que sería el eje central dentro de esta teoría retributiva; se trata de una prevención que opera dando razones prudenciales adicionales para frenar las tentaciones en las que las personas podrían verse atraídas, incluso después de haber recibido y entendido el mensaje de que una conducta determinada es reprochable. Ante este rasgo complementario como lo es el sufrimiento, la naturaleza de la persona jurídica no es indiferente y aunque es cierto que este tipo de personas necesitan de su organización y miembros para poder sentirlo eso no debería ser causa para descartar que este elemento de la pena, siguiendo la teoría retributiva, sigue presente.

En especial porque es la propia Rich³¹⁶ quien contempla la posibilidad de que las personas jurídicas puedan ser catalogadas como entidades emocionales aunque ello no sea de forma directa. Parte de una definición evaluativa del concepto de emoción, en la que se considera que una emoción es el resultado de creencias, formas de comprender el mundo y evaluar la importancia de las personas, objetos y eventos; se caracteriza por ser un concepto con rasgos predominantemente cognitivos, y que no encuentra necesario que una emoción siempre esté asociada

³¹⁶ RICH, SYLVIA. (2016). *The Moral Agency of Corporations and its Implications for Criminal Law Theory*. (pág. 61-70). Universidad de Oxford. En Oxford: Oxford University Press.

a expresiones físicas corporales para ser considerada como tal. A esto se sumaría un efecto de apropiación de emociones similar al que ya describí al aludir sobre la moralidad de una persona jurídica: el rango de emociones atribuibles a una persona jurídica está delimitado por su esfera de acción socio económica, la DIC y la organización de una persona jurídica hacen posible la transmisión de la emoción de uno o de varios de sus integrantes siempre y cuando guarde directa relación con sus objetivos socio económicos y se produzca dentro de la esfera de su organización, porque se tratarían de emociones que sólo cobrarían sentido y significado dentro de la esfera de la persona jurídica. Mientras más integrantes de la persona jurídica sientan la misma emoción, más fácil será atribuirle a dicha entidad ese estado emocional, aunque sólo baste la emoción de uno esos integrantes (en las condiciones previamente establecidas) para realizar dicha traslación. De esta forma se puede atribuir a una persona jurídica un estado emocional como el entusiasmo en el caso de haber alcanzado determinados objetivos o el sufrimiento si se diera un supuesto de pérdida en la reputación o pérdidas económicas.

A mi entender el problema de esta teoría retributiva en el caso de las personas jurídicas radica en otros aspectos. Para escapar de las críticas de que las teorías retributivas no aportaban medios para calcular el quantum de la pena y su respeto por el principio de proporcionalidad, Von Hirsch presenta una propuesta de medir la magnitud del castigo penal en función a la proporcionalidad ordinal entre severidad de las penas y la gravedad del delito, además de una proporcionalidad cardinal que concierne a los límites de la severidad de las penas. El autor en este punto pasa a concretar qué debe entenderse por gravedad del delito, y para ello utiliza la culpabilidad del autor y la gravedad del daño de la conducta delictiva como criterios para medir ese elemento. Es en estos dos términos que surgirían problemas respecto al caso de la persona jurídica. Por un lado, aunque he mostrado que la persona jurídica es capaz de razonar y de ser un agente moral y que por lo tanto se puede construir una teoría de culpabilidad de esta persona, y considerando también que la propia jurisprudencia reconoce que existe una culpabilidad propia de la

persona jurídica³¹⁷, es evidente que la definición de la culpabilidad de la persona jurídica no es un asunto pacífico; aunque la jurisprudencia determinó en numerosas ocasiones que la culpabilidad de la persona jurídica es independiente de la culpabilidad de la persona física³¹⁸ y que está vinculada con la presencia y eficacia de programas de cumplimiento dentro de su organización, todavía no da una definición precisa y definitiva de lo que debe entenderse por culpabilidad de la persona jurídica. Por otro lado está la gravedad del daño de la conducta que se mediría en función a la afectación del estándar de vida de una persona³¹⁹; aquí el problema, como ya lo había expuesto previamente en un breve estudio Martín Lorenzo³²⁰, que muchas veces la víctima no se ha podido identificar (se puede pensar por ejemplo en un delito de tráfico de órganos, en el que no se llegue a identificar la identidad de la persona cuyas partes del cuerpo fueron traficadas) o no existe una víctima individualizada sino que el delito afecta a la sociedad en general, y ello se hace especialmente notorio en delitos que pueden imputársele a la persona jurídica como el de blanqueo de capitales, los delitos contra la Hacienda pública y la Seguridad Social como el fraude fiscal o de subvenciones, los delitos contra

³¹⁷ STS 221/2016 del 16 de marzo: “La responsabilidad de la persona jurídica ha de hacerse descansar en un delito corporativo construido a partir de la comisión de un previo delito por la persona física, pero que exige algo más, la proclamación de un hecho propio con arreglo a criterios de imputación diferenciados y adaptados a la especificidad de la persona colectiva. De lo que se trata, en fin, es de aceptar que sólo a partir de una indagación por el Juez instructor de la efectiva operatividad de los elementos estructurales y organizativos asociados a los modelos de prevención, podrá construirse un sistema respetuoso con el principio de culpabilidad.”

³¹⁸ Sentencia de la Audiencia Provincial de Barcelona 70/18 del 16 de noviembre: “La culpabilidad de la persona jurídica, posee un fundamento corporativo, vinculado al de las personas físicas, pero independiente, que posee como justificación la ausencia, en el contexto social, de estructuras preventivas propias, así como el cumplimiento del resto de exigencias contempladas en el artículo 31 bis del código penal.”

³¹⁹ Se trata de un criterio que Von Hirsch utiliza siguiendo una propuesta de Amartya Sen en su obra de 1987 *The Standard of living*, para referirse tanto a criterios económicos como no económicos que determinarían los medios o capacidades para conseguir una cierta de vida de una persona.

³²⁰ MARTÍN LORENZO, MARÍA. (1997). *Una explicación dual del castigo: comentario crítico de la propuesta de Von Hirsch y Hörnle*. En Anuario de derecho penal y ciencias penales. ISSN 0210-3001, Tomo 50. (pág. 533-559).

recursos naturales y el medioambiente, delitos contra la salud pública como el tráfico de drogas.

En cuanto a la severidad de las sanciones no sólo persiste el problema apuntado por Martín Lorenzo, sino que se acentúa en el caso de las personas jurídicas: Von Hirsch pretende valorar la severidad de las sanciones en función al impacto que tenga la medida en la calidad de la vida del castigado, pero por la propia naturaleza de la persona jurídica dicha gravedad usará siempre como referencia el grado de afectación en la capacidad económica de estas entidades. Sin embargo esto último presenta dificultades para explicar la disparidad que podría existir en el caso de imposición de penas de multas a personas jurídicas de dimensiones económicas muy desiguales pero a las que se las sentencia por el mismo delito: si a la persona jurídica de menor envergadura se le aplica una multa cuya cuantía implica un impacto muy grave para su interés económico dicha multa será considerada grave, sin embargo si la misma multa se impone a otra persona jurídica con mayores capacidades financieras el impacto a su interés económico no será tan alto y la multa por lo tanto no podría ser considerada como grave.

Si los criterios de severidad de sanciones y gravedad del delito no pueden concretarse en el caso de las personas jurídicas, tal como pretendía Von Hirsch para defender su teoría del fin retributivo de la pena, entonces se vuelve al punto de partida de defender una teoría retributiva que no es capaz de explicar cómo graduar las penas y cómo respetar el principio de proporcionalidad. También es interesante resaltar, para terminar de desacreditar que la pena de la persona jurídica cumpla un fin puramente retributiva tal como lo expone Feijoo³²¹, que las teorías retributivas no explican por qué el resto de la sociedad (aparte del penado) necesita de la institución de la pena, es decir, la razón social de exigir la presencia de la institución de la pena, o por qué en determinados casos podría renunciarse a la aplicación de la pena (y hoy en día se entiende posible dicha renuncia debido a que la prevención

³²¹ FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO. (2014). *La pena como institución jurídica*. (pág. 65-68). En Buenos Aires: editorial B de f.

no es un simple efecto latente o un complemento de la retribución en la teoría de la pena).

5. Toma de postura

Teniendo en cuenta que hasta ahora me incliné por la idea de que las sanciones para las personas jurídicas no son simples sanciones administrativas ni medidas de seguridad, porque sí existe una culpabilidad de la persona jurídica, aunque esta mantenga ciertas diferencias importantes respecto a la de una persona física, pero son unas penas de la rama jurídica penal, debo analizar ahora si todas estas penas tienen la misma naturaleza y fin o si guardan ciertas diferencias unas respecto a las otras.

En el segundo capítulo de esta tesis se trae a colación cómo las condiciones procesales penales y las características de la persona jurídica permiten que pueda imponerse una pena a estas entidades. A todo esto se suma que todas las sanciones dentro del catálogo previsto en el artículo 33.7 del Código Penal tienen la misma consideración de penas, tal como lo viene reconociendo la jurisprudencia desde el 2016 (como en la ya citada sentencia 154/2016 de 29 de febrero) cuando en un pronunciamiento el Tribunal Supremo³²² no hizo distinciones entre estas sanciones al establecer que “La imposición de penas a las personas jurídicas como la multa, la disolución y pérdida definitiva de su personalidad jurídica, la suspensión, la clausura de sus locales y establecimientos, la inhabilitación y, en fin, la intervención judicial (art. 33.7 del CP), exige del Fiscal, como representante del *ius puniendi* del Estado, el mismo esfuerzo probatorio que le es requerido para justificar la procedencia de cualquier otra pena cuando ésta tenga como destinataria a una persona física.”. En cambio el Tribunal Supremo, en la misma sentencia, sí marcó diferencias entre las penas para la persona jurídica y las medidas de seguridad: “La imposición de cualquiera de las penas -que no medidas- del catálogo previsto en el art. 33.7 del Código Penal, sólo puede ser el desenlace de una actividad

³²² STS 221/2016 de 16 de marzo.

jurisdiccional sometida a los principios y garantías que legitiman la actuación del *ius puniendi*".

Aunque la jurisprudencia se haya decantado por defender que las sanciones del artículo 33.7 del Código Penal son penas y no sanciones administrativas o medidas de seguridad, no ha habido hasta ahora ningún pronunciamiento que analice si todas estas penas son iguales o existen diferencias entre ellas, si todas ellas persiguen el mismo fin o no y cómo operan para cumplir dicho fin. Al igual que el Tribunal Supremo, me inclino por la lógica de este Tribunal porque entiendo que las sanciones de la persona jurídica son penas, ello no obstante creemos que la diferencia de características que existe entre las penas del catálogo del artículo 33.7 tiene como consecuencia una distinción entre el fin que cumplen unas y otras. Veré ahora qué funciones persiguen las distintas penas con que se puede sancionar a una persona jurídica y por qué debe entenderse que los fines de estas penas son distintas.

5.1 El fin de la pena de multa

En el estudio sobre el fin de prevención general disuasoria que defiende Silva, respecto a la multa como pena prevista para la persona jurídica, sostuve que disentía con el conocido penalista sobre su visión de separar en dos grupos las penas del artículo 33.7 del Código Penal También parecía contradictorio su argumento de que sólo la dimensión positiva de la prevención general disuasoria era posible en la aplicación de la pena de multa a las personas jurídicas. Me cuesta estar de acuerdo con esta separación de las penas para la persona jurídica en diferentes grupos (en la que uno estaría conformado únicamente por la multa que sería considerada la única sanción y el otro grupo reagruparía el resto de penas que tendrían la consideración de medidas de seguridad) porque ya estudié cómo el camino procesal penal para imponer cualquiera de esas penas es el mismo, cómo la imposición de todas ellas conlleva las mismas repercusiones penales (estigmatización penal, antecedentes penales, repercusión reputacional, etc), que existe un reconocimiento jurisprudencial de todas ellas como pena y no medidas, y

la existencia de una culpabilidad de la persona jurídica (diferente a la de una persona física pero en congruencia con los principios y garantías del derecho penal al ser una consecuencia de la segunda velocidad de esta rama del Derecho). Sin embargo tampoco se puede negar que si bien todas las sanciones previstas en el artículo 33.7 tienen la naturaleza de penas, entre ellas existen ciertas diferencias que determinan a su vez que persigan un diferente fin.

En el caso de la pena de multa entendemos que el fin que se pretende alcanzar con esta sanción es la preventiva general disuasoria. El desacuerdo con Silva surge por el rechazo de este profesor sobre la posibilidad de que la dimensión negativa de la prevención general disuasoria pudiera aplicarse a la persona jurídica cuando se le impone una pena de multa. La postura de este autor es consecuencia de su idea de no concebir a una persona jurídica como una entidad racional y con aptitudes morales. Ese rechazo también comporta defender unos planteamientos y argumentos que parecerían ser contradictorios, porque si se entiende que la persona jurídica no posee esas capacidades racionales y emocionales entonces la prevención general disuasoria no operaría ni en su dimensión negativa ni en su dimensión positiva, debido a que ambas dimensiones requieren que el sujeto que recibe el castigo penal posea esas dos capacidades. Por lo tanto al haber defendido en este trabajo la posibilidad de razonar de la persona jurídica y su calidad como un agente moral, se entiende que es posible que ambas dimensiones de la prevención general disuasoria desplieguen sus efectos a través de la imposición de una pena de multa.

En cuanto a la dimensión positiva, la comunicación que emite la pena de multa es un reproche ético social, lo que autores como Feinberg³²³ catalogan como una condena de la comunidad quien expresa además su “resentimiento vengativo” por el hecho delictivo cometido. Esta comunicación será complementada con otra, tal

³²³ FEINBERG, JOEL. (1965). *The expressive function of punishment*. The Monist nro. 49. (pág. 401-405). En Oxford: Oxford University Press. Recuperado de: <https://www.jstor.org/stable/27901603>

como lo describe Silva³²⁴, que proviene de la norma secundaria que tiene un valor propio: no se trata de un simple trámite, sino de un proceso rodeado de solemnidades tanto en el juicio como en la condena, en el que se respetan y se defienden garantías y derechos fundamentales que reflejan los valores de un Estado democrático de Derecho, y que por lo tanto comunica a la persona jurídica que su comportamiento autorresponsable dio lugar a dicha condena, y a la sociedad le comunica la vigencia de la norma y la fidelidad al Derecho. Si lo importante es la comunicación, entonces lo determinante será si el receptor puede entender el mensaje (y si se producen igualmente los efectos socio pedagógicos mencionados en el apartado de este capítulo dedicado a la prevención general positiva). Aclaré cómo los defensores de la dimensión positiva de la prevención general, como es el caso de Silva, no tienen problemas para admitir que la persona jurídica reciba y entienda el mensaje, sin embargo creemos que es necesario explicar cómo esa comunicación puede ser captada por esta entidad: con la imposición de la multa, quienes recibirán en un primer momento la comunicación serán quienes ejecuten los cargos de administradores de la persona jurídica porque son ellos quienes tiene la más alta capacidad de decisión sobre cómo proceder ante este castigo penal; los administradores, en su posición de miembros con el cargo jerárquico más alto de la persona jurídica, pondrán en marcha una serie de decisiones y actuaciones para hacer frente a la pena de multa impuesta, esa puesta en marcha desencadenará a su vez toda una serie de procedimientos (logísticos, financieros, administrativos, etc) por y para la persona jurídica. Esa reacción en cadena refleja la recepción y la comprensión de la comunicación de la pena de multa por parte de la persona jurídica porque, tal como se analizó a lo largo del presente trabajo, cualquiera de estas actuaciones, tanto de forma individual como en conjunto, desde la primera que se produce al momento de recibir la notificación sobre la imposición de la multa hasta la última que se correspondería con el último pago de la multa, sólo cobran sentido si se entienden como propios de la persona jurídica, y en relación con su forma de organización, su estructura y su DIC. Pero es la capacidad de razonar de la persona

³²⁴ SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA. (2012). Aproximación al Derecho Penal contemporáneo. (pág. 495-498). En Buenos Aires: editorial B de f.

jurídica la que permitirá captar y entender mejor la comunicación expresada por la pena de multa, es decir, mientras mayor sea la capacidad de razonar de la persona jurídica, más fácil le será recibir, procesar y entender el mensaje; en el segundo capítulo de este estudio desarrollé cómo la aptitud racional de una persona jurídica puede mejorar y perfeccionarse si sus procesos de decisión y de resolución de problemas son coherentes y homogéneos a lo largo del tiempo, por lo que la capacidad para entender el comunicado de la pena de multa puede variar de una persona jurídica a otra.

La intimidación ejercida por la multa, que corresponde a su dimensión negativa, también puede ser sentida por la persona jurídica pero de forma diferente que en el caso de la persona física. Autores como Silva que rechazan la posibilidad de que una persona jurídica pueda ser intimidada sostienen el argumento en la consideración de que esta entidad no puede sentir sensaciones de placer o displacer. Se trata del mismo caso que en el apartado 4 del presente capítulo, cuando analizamos los argumentos de Rich respecto a la posibilidad de sufrimiento de la persona jurídica. La persona jurídica es perfectamente capaz de sentir sensaciones como el sufrimiento o la intimidación, pero lo hace de forma indirecta; es decir, la sensación de intimidación no se produce directamente en ella sino que le es transferida por los miembros de su organización, quienes son los que la sienten en un primer momento. Además el displacer (por intimidación) que debe sentir la persona jurídica, al momento de recibir la pena de multa, proviene de una privación de derechos, en este caso la privación de derechos de carácter patrimonial y cuyo fin, y así lo reconoce el mismo Silva³²⁵, es la comunicación a las víctimas potenciales de que la norma sigue vigente y por lo tanto de que se está generando en el resto de la sociedad un sentimiento de abstención de delinquir. Esto quiere decir que el sentimiento de displacer que se exige es un medio para asegurar ese fin de comunicación (comunicar y prevenir por medio de una intimidación); la intimidación o el sufrimiento no son en sí mismos importantes, sino únicamente como medios para materializar dicha comunicación, por lo que si el displacer de la pena de multa

³²⁵ Idem. pág 493.

llega a la persona jurídica, aunque sea de forma indirecta por el proceso de transmisión previamente referido, entonces ya habrá cumplido su parte de la labor en el fin de prevención general disuasoria.

De esta forma la pena de multa cumple respecto a la persona jurídica este fin preventivo-disuasivo en relación a la comisión de conductas por las que puede ser imputada penalmente; si bien es cierto que el fin preventivo general disuasorio de la pena se proyecta en sus dimensiones comunicativa (o positiva) y cognitiva (o negativa) de forma diferente que en el caso de una persona física, ello no supone un obstáculo o impedimento para rechazar la idea de que la pena despliega este fin. Se tratan de diferencias que no representan un cambio determinante en el contenido de estas dos dimensiones, en las que el fin preventivo disuasorio continúa desplegando sus efectos a través de la comunicación que llega a sus destinatarios, aunque el recorrido de esta comunicación varíe un poco el mensaje es recibo y entendido.

Alguna parte de la doctrina (Silva³²⁶), apoya la idea de que la multa también tiene como fin la auto-organización de la persona jurídica. El único respaldo de ello a mi entender sería la atenuante de responsabilidad del artículo 31 quater d) que atenuaría la pena de multa si la persona jurídica pone en marcha un Compliance Program para la prevención y detección de delitos; pero dejando de lado esta atenuante del artículo 31 quater no habría otro elemento que pudiera probar cómo la multa podría ser un elemento externo para presionar a la persona jurídica a reorganizarse. La relación causa-consecuencia entre la pena de multa y la reorganización de la entidad no está probada, y puede producirse perfectamente un supuesto de una persona jurídica sancionada con la pena de multa que no opte por reorganizarse porque entienda que la comisión del delito fue un evento esporádico cuya repetición es improbable, y ello no impediría que esta persona reciba y entienda la comunicación de reproche ético social que emana de la dimensión positiva de la prevención general disuasoria de la multa. Por lo que más que un fin,

³²⁶ Vid. Supra 288.

concluyo que la presión externa que ejerce la multa es una función compatible con la prevención general disuasoria (entendiendo que existe una distinción entre función y fin tal como lo explica Goena siguiendo los estudios de Silva³²⁷).

5.2 El fin de las penas c) a g) del artículo 33.7 del Código Penal

El Código Penal marca una diferencia entre la pena de multa y el resto de pena para las personas jurídicas cuando determina que el artículo 66 bis sea el que regule la aplicación de las penas c) a g) del Código Penal y que el artículo 66 sea el que determine la aplicación de la pena de multa. La cuestión es determinar si esta diferenciación que marca el Código Penal es una mera apariencia y no conlleva consecuencias de contenido profundas o si realmente define una separación determinante entre estos dos grupos de penas. Me decanto por la segunda posición.

A mi parecer la separación entre las formas de determinar la aplicación y extensión de la multa y el resto de penas se debe a que en estas últimas la función de presionar a la persona jurídica para que reaccione y se reorganice es mayor que en el caso de la multa. Las penas c) a g) del artículo 33.7 provocan de forma directa un cambio en la estructura y en la dinámica de operación de la persona jurídica (incluso un cambio en su DIC si se tratara de una intervención judicial) ya sea suspendiendo o prohibiendo una determinada actividad, clausurando locales, inhabilitándola para obtener ayudas públicas y para contratar con la Administración pública o interviniendo judicialmente; cualquier de estas penas no deja indiferente a la persona jurídica, quien se ve obligada a reorganizarse en uno o varios sentidos. O'Sullivan³²⁸ ya apuntaba, en uno de sus artículos de 2014, a una función de la pena

³²⁷ GOENA VIVES, BEATRIZ. (2017). *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*. (pág. 119). En Madrid: Editorial Marcial Pons. Sobre este punto Goena diferencia entre el fin que justificaría la existencia de una institución como la pena, y la función que estaría asociada al fin y proporcionaría un argumento en favor de dicha institución pero no justificaría por sí sola su existencia.

³²⁸ O'SULLIVAN, JULIE. (2014). *How prosecutors apply the 'federal prosecutions of corporations' charging policy in the era of deferred prosecutions, and what that means for the purposes of the federal criminal sanction*. *American Criminal Law Review*, Vol. 51, Nro. 1. (pág. 44-45).

de reacción y reorganización cuando esta se dirige a una persona jurídica; explicaba que una de las funciones de penar a una persona jurídica es obligarla a tomar los pasos organizativos necesarios (disciplinar a la persona física involucrada en la comisión del delito, reformar las políticas o procedimientos que favorecieron la comisión del delito, mejorar el Compliance Program, etc) para que el delito no vuelva a producirse. Esta mirada prospectiva de las penas c) a g) del artículo 33.7 se refleja en los requisitos para su imposición: los supuestos a) y b) del apartado 1 del artículo 66 bis miran hacia el futuro de la persona jurídica. Son criterios que se evalúan en el momento de imponer alguna de las penas c) a g), sin tomar en cuenta el momento en el que se cometió el delito; de ello se puede deducir que si estos criterios evalúan la situación actual de la persona jurídica es porque las penas c) a g) buscan una modificación futura de ciertos aspectos de la organización de la persona jurídica considerados como defectuosos o incompletos. Entonces frente a la doctrina que piensa que estas penas sólo tienen una labor puramente inocuizadora, a mi entender tiene más sentido y entra en coherencia con la regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica (donde se premia a la persona jurídica eximiéndole de responsabilidad si cuenta con un Compliance Program que cumpla los requisitos del artículo 31 bis del Código Penal) si se entiende que las penas c) a g) del artículo 33.7 tienen una clara función de conducir a las personas jurídica a mejorar su organización y conducta.

Es cierto que la primera parte del artículo 66 bis podría dar a entender que la referencia al artículo 66 supone que este último puede aplicarse a todas las penas previstas para la persona jurídica, y en esta dirección apuntan algunos autores como Goena³²⁹ y García Arán³³⁰, que también aprovechan este argumento para asemejar las penas c) a g) a la multa. Sin embargo, me parece acertada la observación que hace Feijoo sobre ese punto de vista cuando recuerda que las penas c) a g) no tienen un límite mínimo en su aplicación, y si se sigue los criterios del artículo 66

³²⁹ GOENA VIVES, BEATRIZ. (2017). *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*. (pág. 120-121). En Madrid: Editorial Marcial Pons.

³³⁰ GARCÍA ARÁN, MERCEDES; CÓRDOBA RONDA, JUAN. (2011). *Comentarios al Código Penal: Parte General*. (pág. 638-640). En Barcelona: Editorial Marcial Pons.

entonces no habría forma de determinar la mitad inferior de la pena o la pena inferior en grado.

Pero ese no es el único problema sobre la interpretación de una aplicación conjunta del artículo 66 tanto a la multa como al resto de penas para la persona jurídica. Cuando el apartado 6 del artículo 66 hace referencia a la gravedad del hecho, es una clara mirada al pasado que desacredita cualquier pretensión de afirmar que la pena de multa tendría como principal fin reorganizar a la persona jurídica, que sí es el fin principal de las penas c) a g) del artículo 33.7. Considero que no puede interpretarse, como parece defenderlo Goena, que esa remisión es una incongruencia más de la regulación del Código Penal sobre las personas jurídicas, siendo otra por ejemplo la mención a las atenuantes y agravantes muy cualificadas en los apartados del artículo 66 que son figuras no admitidas dentro del régimen de responsabilidad penal de la persona jurídica; el ejemplo que usa Goena para respaldar su interpretación, del artículo mencionado, no debe ser entendido como una incongruencia, ya que el artículo 31 quater es claro al establecer cuáles son las únicas circunstancias modificativas de la responsabilidad penal de la persona jurídica, por lo que no hace falta volver a repetirlo a lo largo del Código Penal. Por ello cuando el artículo 66 bis se remite al artículo 66 no se detiene a enfatizar nuevamente la exclusión de las atenuantes y agravantes muy calificadas porque es un aspecto totalmente definido en el artículo 31 quater.

Otro argumento que pretende ser utilizado por Goena para posicionarse a favor de una igualdad total entre la pena de multa y el resto de penas para la persona jurídica es que los artículos 66 y 66 bis utilizan principios similares, porque el 66 bis considera supuestos de peligrosidad y el artículo 66 toma como referencia las atenuantes del artículo 31 quater que se basan en hecho posteriores al delito. Sin embargo la diferencia de estos artículos es un poco mayor: mientras que el artículo 66 bis usa elementos de peligrosidad para definir si se impone o no alguna de las penas c) a g), el artículo 66 no usa la referencia a las atenuantes para determinar si se impone o no la pena de multa, sino para determinar únicamente su extensión. Y si me detengo a analizar una por una las condiciones del primer apartado del artículo

66 bis y las atenuantes del artículo 31 quater salen a la luz más diferencias: así mientras que las atenuantes del artículo 31 quater exigen un comportamiento activo de la persona jurídica, esta exigencia en ningún momento está presente dentro de las condiciones del apartado 1 del artículo 66 bis. Las atenuantes toman como sujeto principal a la persona jurídica, sin embargo las condiciones del artículo 66 bis se interesan por otras personas como los trabajadores, la persona física que incumplió el deber de control o la sociedad en general (cuando se hace alusión a las consecuencias económicas y sociales).

Finalmente el punto en el que más me distancio con Goena, y que es pura consecuencia de las visiones que sostengo sobre las consideraciones que pueden hacerse respecto a una persona jurídica, es la tesis que defiende que la gravedad del hecho y las circunstancias personales del delincuente, de la circunstancia sexta del artículo 66, no hacen referencia a la persona jurídica por no existir un hecho culpable de esta persona y sí a un estado antijurídico cuyo castigo está orientado al futuro. Su razonamiento es coherente si parte de la premisa de que una persona jurídica no puede razonar o ser un agente moral, pero como esta tesis sostiene todo lo contrario entonces la conclusión lógica es que esos elementos del pasado de la circunstancia sexta del artículo 66 sí hacen referencia a la persona jurídica, por lo tanto sí se castiga el hecho culpable de esta persona, y en consecuencia el castigo de la pena de multa es retrospectiva a diferencia de las penas c) a g) del artículo 33.7 donde predomina el carácter prospectivo.

Que en las penas c) a g) predomine la función de presión y coacción a la persona jurídica para su reorganización mucho más que en la pena de multa también se refleja en el apartado 2 del artículo 66 bis, únicamente aplicable a las primeras y no a la pena de multa. La coacción externa que obliga a la persona jurídica a reorganizarse supone un peso y una gravedad más importante y por ello ese apartado 2 del artículo 66 bis impone unas reglas adicionales, como la reincidencia o la utilización instrumental de la persona jurídica, para que las penas c) a g) se impongan por encima de dos años (estos requisitos pueden incluso ser más exigentes cuando se pretenda imponer las penas e) o f) por encima de un plazo de

cinco años o de forma permanente). Nada de esto sucede cuando se impone una pena de multa cuya imposición para ciertos plazos o cantidades no se ve limitada con la exigencia de requisitos adicionales (la única modulación aceptada es la del apartado 1 del artículo 31 ter que en ningún caso se asemeja a estos requisitos adicionales por la gravedad que supone la imposición de las penas c) a g) del artículo 33.7).

En cuanto a que estas penas sólo <<miran al futuro>>, tal como lo expone Feijoo³³¹, y que su fin sería únicamente la prevención especial, existe un elemento del artículo 66 bis que, a mi entender, apuntan a lo contrario y que en realidad estas penas también tienen un contenido retrospectivo. Se trata del supuesto c) del apartado 1: porque la consideración sobre el puesto que en la estructura de la persona jurídica ocupa la persona física u órgano que incumplió el deber de control, debe hacerse respecto al momento en el que se cometió el delito, es decir en el pasado, y no en el momento de imponer la pena; el supuesto c) está vinculado con la gravedad del hecho, porque lo que interesa saber es qué puesto jerárquico ocupaba la persona física, ya que mientras más alto fuera su puesto más grave sería la omisión de control y por lo tanto más grave el hecho cometido (considerar que el supuesto c) tendría que ser evaluado en un momento posterior a la comisión del delito podría dar lugar a un escenario incoherente de imponer una de las penas c) a g) a la persona jurídica porque la persona física ocupa en el presente un puesto jerárquico alto, aunque en el momento en el que se cometió el delito esa persona física fuera simplemente un trabajador sin poder de decisión).

Toda el juicio crítico que me he permitido desarrollar me lleva a afirmar que la multa y el resto de penas para la persona jurídica no son radicalmente distintas, pero sí a concluir que sus fundamentos son en cierta medida diferentes, y que los aspectos de prospección y corrección para la auto-organización sobretodo presentes en las penas c) a g), a diferencia de la pena de multa, condicionan unos parámetros de aplicación diferentes por su especial gravedad y carga para la persona jurídica que

³³¹ BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL; FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO JOSÉ; GÓMEZ JARA DÍEZ, CARLOS. (2016). Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. (pág. 282-284). En Pamplona: Editorial Arazandi, SA.

las sufre. Es por ello que aunque mantengo que en el caso de la multa el fin es el de la prevención general disuasoria, apoyó a la construcción teórica de Goena y sostengo que las penas c) a g) del artículo 33.7 sí tienen este fin de prevención general reactiva. Considero que Goena acierta con esta denominación porque refleja la coacción que se persigue para que la persona jurídica reaccione e intente mejorar su forma de organización, y permite mantener un balance entre los elementos de prevención general y especial que están presentes en las penas c) a g) del artículo 33.7. Soy consciente de que la autora utiliza la denominación “prevención reactiva” y no “prevención general reactiva”, pero entiendo que si deja de lado el término “general” es porque quiere desvincularse de cualquier elemento que pueda dar lugar a interpretar que la prevención a la que ella se refiere despliegue efectos que sólo serían posibles en seres con capacidades racionales y con aptitudes morales, cualidades que Goena niega a las personas jurídicas. Como yo mantengo una posición contraria sobre estas cualidades atribuibles a una persona jurídica, no veo problema en usar el término “general” y así dar a entender que las penas c) a g) del artículo 33.7 abarcan tanto la dimensión positiva como negativa de la prevención general, con la diferencia de que en estas penas tiene un papel más importante la reacción de la persona jurídica para reorganizarse, que la disuasión de ciertos comportamientos.

Como última aportación podría proponer que de *lege referenda* se termine de desarrollar legislativamente la pena de intervención y la figura del interventor. Hoy en día el Código Penal permite al Juez o Tribunal un amplio margen para determinar el contenido de la intervención judicial, pero ello puede generar a su vez más problemas ya que el órgano judicial no deja de ser un agente externo que no conoce detalladamente el funcionamiento de la persona jurídica. Para generar una correcta reacción de la persona jurídica sería necesario que la normativa aportara al órgano judicial las herramientas necesarias para ayudarlo con el diseño del contenido de una intervención que pueda adecuarse a cada caso concreto. En cuanto al interventor, aunque el Código Penal lo mencione, actualmente no se cuenta con un reglamento que determine sus funciones, lo que suscita más dudas respecto a una figura que es esencial para el seguimiento o finalización de la intervención judicial.

5.3 El fin de la pena de disolución

Todo lo que expuse sobre la aplicación del artículo 66 bis para la determinar la imposición y extensión de las penas c) a g) del artículo 33.7 del Código Penal también la considero admisible para la pena de disolución. Si no mencioné a la pena de disolución en el apartado anterior es porque su imposición implica una consecuencia que ninguna de las otras penas conlleva: la desaparición de la persona jurídica. Esta pena es por lo tanto una especie de pena de muerte para la persona jurídica, sin ánimo de ofender aquellos autores que por su posición contraria a la pena capital ni siquiera consideran adecuado hacer uso de esta comparación. La primera consecuencia lógica de la pena de disolución es que no puede tener lugar la función de presionar a la persona jurídica para que reaccione y se reorganice; ello se debe a que la persona jurídica está condenada a desaparecer, no se busca que cambie su organización sino que deje de operar en el tráfico jurídico y cese cualquier tipo de actividad. Si no opera esta función de reacción, entonces no podemos hablar de un fin de prevención general reactiva como en los casos de las penas c) a g). Sin embargo no habría problema para seguir definiendo que la disolución recoge tanto la dimensión positiva como negativa de la prevención general disuasoria: la intimidación de la persona jurídica sigue presente y también la comunicación del reproche ético-social.

Pero la prevención general disuasoria de la pena de disolución tiene una particularidad, y es que pretende disuadir la comisión de un determinado tipo de comportamientos. Gracias a la jurisprudencia se puede saber exactamente cuál es el tipo de actividad que la pena de disolución pretende disuadir: ya en su primera sentencia respecto a las personas jurídicas el TS³³² apuntó a que la disolución sólo procede en aquellos casos en los que la actividad ilícita es claramente predominante o prácticamente la única existente (criterio seguido recientemente por otros tribunales como la Audiencia Provincial de Madrid³³³); y si a este criterio de

³³² STS 154/2016 de 29 de febrero.

³³³ Sentencia de la Audiencia Provincial de Madrid 491/2018 de 9 de julio.

ponderación sumamos que el Código Penal establece en su artículo 570 quater que la disolución es la pena obligatoria para los delitos del capítulo de organizaciones y grupos criminales, entonces la conclusión es que el fin de la pena de disolución es disuadir a las personas jurídicas de conformar, transformarse o favorecer de algún modo a la existencia de organizaciones y grupos criminales. Es altamente improbable que la pena de disolución, que debe ser considerada como una excepción tal como lo indica Gimeno³³⁴, sea impuesta en otros casos que no cumplan ese fin disuasorio en relación a los grupos y organizaciones criminales.

Con la pena de disolución tenemos entonces el caso particular de una pena cuya aplicación sigue los requisitos del artículo 66 bis, como en el caso de las penas c) a g) del artículo 33.7, pero que persigue un fin preventivo general disuasorio como en el caso de la pena de multa, aunque la disuasión se centra en exclusiva en delitos del capítulo sobre organizaciones y grupos criminales.

6. La situación de las consecuencias del artículo 129

Para cerrar esta última parte y para el correcto desarrollo de la presente tesis, no puedo olvidar la situación que presenta el artículo 129³³⁵ del Código Penal que establece una serie de consecuencias accesorias que sólo deben aplicarse a entes

³³⁴ GIMENO BEVIÁ, JORDI. (2016). *Compliance y Proceso Penal. El proceso penal de las personas jurídicas*. (pág. 286-287). En Pamplona: Editorial Thomson Reuters.

³³⁵ Artículo 129 del Código Penal: 1. En caso de delitos cometidos en el seno, con la colaboración, a través o por medio de empresas, organizaciones, grupos o cualquier otra clase de entidades o agrupaciones de personas que, por carecer de personalidad jurídica, no estén comprendidas en el artículo 31 bis, el juez o tribunal podrá imponer motivadamente a dichas empresas, organizaciones, grupos, entidades o agrupaciones una o varias consecuencias accesorias a la pena que corresponda al autor del delito, con el contenido previsto en las letras c) a g) del apartado 7 del artículo 33. Podrá también acordar la prohibición definitiva de llevar a cabo cualquier actividad, aunque sea lícita.

2. Las consecuencias accesorias a las que se refiere en el apartado anterior sólo podrán aplicarse a las empresas, organizaciones, grupos o entidades o agrupaciones en él mencionados cuando este Código lo prevea expresamente, o cuando se trate de alguno de los delitos por los que el mismo permite exigir responsabilidad penal a las personas jurídicas.

3. La clausura temporal de los locales o establecimientos, la suspensión de las actividades sociales y la intervención judicial podrán ser acordadas también por el Juez Instructor como medida cautelar durante la instrucción de la causa a los efectos establecidos en este artículo y con los límites señalados en el artículo 33.7.

corporativos sin personalidad jurídica, y que son accesorias de la pena que se imponga a la persona física o jurídica autora del delito; es decir, no se trata de consecuencias que derivan del delito cometido.

Los problemas interpretativos que pueden surgir de estas consecuencias accesorias provienen de su contenido, que el legislador decidió que fuera el mismo que el de las penas establecidas en el artículo 33.7 c) a g). Dicha similitud podría ser usada como argumento de quienes no consideran que el castigo penal de la persona jurídica sea una verdadera pena. Esta similitud ha llevado a autores a entender que las penas del artículo 33.7 y las consecuencias del artículo 129 deben seguir los mismos criterios de aplicación, tienen el mismo fin, e incluso procesalmente deben cumplirse las mismas garantías para su aplicación. En cuanto a los criterios de aplicación Gómez Jara³³⁶ ya defendía, desde la modificación del Código Penal en 2010, que la identidad de contenido, de las penas y las consecuencias, obligaba a seguir los criterios establecidos en el artículo 66 bis en ambos casos, porque en caso contrario resultaría en un caso de inseguridad jurídica al no haber ningún otro criterio de aplicación para las consecuencias accesorias. Respecto al fin, el antiguo artículo 129 del Código Penal de 1995 sí explicaba que con estas consecuencias se pretendía prevenir la continuidad en la actividad delictiva y sus efectos, pero esta mención desapareció con la reforma de 2010; la identidad de contenido entre las penas del artículo 33.7 c) a g) y las consecuencias del artículo 129, sólo pueden llevar a la conclusión de que persiguen el mismo fin de prevención general reactiva; Feijoo³³⁷ también llega a esta conclusión de que ambas comparten el mismo fin siguiendo la misma lógica (aunque para el autor el fin es la prevención especial). Y finalmente, respecto a las garantías procesales, Ana María Rodríguez³³⁸ entiende que, a pesar de que ni el artículo 129 ni la

³³⁶ GÓMEZ-JARA DÍEZ, CARLOS. (2012). *EL sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo código penal español*. En SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA (dir.); PASTOR MUÑOZ NURIA (coord.). *El nuevo Código Penal*. (pág. 60-61). En Madrid: editorial La Ley.

³³⁷ BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL; FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO JOSÉ; GÓMEZ JARA DÍEZ, CARLOS. (2016). *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. (pág. 304). En Pamplona: Editorial Arazandi, SA.

³³⁸ RODRÍGUEZ TIRADO, ROSA MARÍA. (2017). *La determinación de la persona jurídica investigada ¿Y de los entes sin personalidad jurídica? Determinación del proceso penal aplicable*.

normativa procesal penal haga referencia a la situación de los entes sin personalidad jurídica, debe reconocerse una legitimación pasiva a estos entes: la razón de ello es que el perjuicio que reciben de las consecuencias que puedan imponerse es el mismo que si impone una pena, por lo que debe rodearse a estas entidades sin personalidad jurídica de las mismas garantías procesales; este último argumento se vería reforzado si se tiene en cuenta que el artículo 7.3 de la LOPJ permite la tutela judicial tanto para la defensa de intereses legítimos individuales o colectivos, y que el Tribunal Constitucional³³⁹ interpretó que el artículo 24.1 de la Constitución reagrupa dentro del interés legítimo tanto a los interés indirectos como los intereses comunes.

Esta situación nos lleva a la conclusión de que de *lege lata*, sólo se puede interpretar que tanto las penas c) a g) del artículo 33.7 como las consecuencias accesorias del artículo 129 comparten una identidad de contenido, lo que provoca que se haya producido un fraude de etiquetas. Se pretende llamar consecuencias a lo que realmente son unas penas que pueden imponerse tanto a una persona jurídica como a un ente sin personalidad jurídica.

De *lege referenda* tendría que suprimirse esa referencia del artículo 129 a las penas c) a g) del artículo 33.7 del Código Penal, y deberían configurarse unas consecuencias con un contenido diferenciado de aquellas penas. Lo ideal sería imponer consecuencias que lidien de forma óptima con la realidad de un ente sin personalidad, que es muy distinta al de una persona jurídica: a modo ejemplificativo se puede proponer como consecuencias a) Inscripción de la entidad en algún Registro Público, o b) Presentación periódica ante el Juez o Tribunal de informes técnicos para el control de su actividad.

En PÉREZ-CRUZ MARTÍN, AGUSTÍN JESÚS (dir.); NEIRA PENA, ANA MARÍA (coord.). *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*. (pág. 141-146). En Pamplona: Editorial Thomson Reuters.

³³⁹ STC 62/1983, de 11 de julio.

CONCLUSIONES

PRIMER CAPÍTULO

I. Aunque el legislador decidiera incluir de forma expresa, por primera vez, en el Código Penal una regulación de la responsabilidad penal de la persona jurídica, el derecho penal español, ya había tenido experiencias en lo que respecta a la posibilidad de imponer penas a este tipo de personas. El repaso histórico condujo al presente trabajo de investigación a enfocarse primero en el derecho continental, y a continuación a hacer énfasis en el derecho penal español.

II. Los antecedentes del derecho continental muestran que hay evidencias de castigos colectivos en épocas pasadas.

En el Derecho Romano existían formas de penas colectivas. Aunque Savigny marcó una tendencia de interpretación en el sentido contrario, Mestre y trabajos más recientes como el de Martínez son la clara muestra de que es posible entender que los romanos impusieron penas a las *universitates*, sobre todo si se toma como ejemplos la pena del Diezmo y la destrucción de Capua.

La época medieval tampoco fue una excepción y en ella también se observan ejemplos de penas colectivas. Los juristas como Basiano no tenían problemas para razonar sobre qué penas imponer a un colectivo, y estos planteamientos llevaron a redactar las primeras regulaciones sobre penas colectivas como fue el caso de las Constituciones Augustales de Federico II Hohenstaufen o el desarrollo de nociones como el de persona jurídica de la mano de Inocencio IV. El razonamiento de los juristas al aceptar la posibilidad de penar a un colectivo procedió a centrarse en cómo y con qué penas debía castigarse a estos grupos. Bartolo de Sassoferrato fue uno de los juristas que desarrolló ciertas reglas de aplicación sobre las penas que podían imponerse a la persona jurídica: la pena debía aplicarse a la persona jurídica como cómplice del delito si este fuera impropio o debía recaer sobre la persona jurídica como autora si el delito fuera propio; si la pena que se imponía repercutía tanto en las personas físicas como en la persona jurídica entonces debía dispensarse a algunos miembros individuales de la persona jurídica en función al tamaño de esta última y si aquellos había sido completamente ajenos a la comisión

del delito. La Edad Media Alta siguió con el desarrollo de las posturas doctrinales sobre aplicación de penas a la persona jurídica a través de juristas como Próspero Farinacio, y culminó con el desarrollo legislativo de la Ordenanza Criminal francesa de 1670, en sus artículos 1, 4 y 5 de su Título XXI que reguló la posibilidad de procesar penalmente a una persona jurídica y los castigos que debían imponerse. Pero la Revolución Francesa frenó toda posibilidad de seguir con el desarrollo teórico y legislativo con su enfoque en la persona física como ciudadano y único capaz de tener derechos y libertades. A ello se sumó la Ley de Allande en 1791 que eliminó las corporaciones y el Código Penal de 1791 que abrogó tácitamente todas las penas para las personas jurídicas.

III. Centrándome en el derecho penal español también pude observar cómo en determinados momentos se abrieron las puertas a la posibilidad de imponer penas a las personas jurídicas. Durante el siglo XIX, fue la propia Constitución de 1869 la que reconoció la pena de disolución para ciertas asociaciones, y más tarde el Real Decreto de 31 de diciembre de 1875 permitió imponer penas a los periódicos.

Estas inclinaciones e intentos de regular el castigo penal de una persona jurídica desembocaron en una breve regulación en el Código Penal de 1928. A las personas jurídicas se les podía imponer una disolución o una suspensión, castigos que en su momento fueron considerados medidas de seguridad. Aunque la vigencia de este Código sólo fue de 3 años, a partir de 1944 comenzaron a haber más ejemplos de regulaciones de castigos penales para la persona jurídica, también consideradas en esos tiempos como medidas de seguridad. Todos esos esfuerzos de regulación desembocaron en el artículo 129 del Código Penal de 1995 que estableció la posibilidad de imponer consecuencias accesorias a estas personas, y finalmente con la reforma del Código en 2011 se llegó a la primera regulación expresa de la posibilidad de imponer penas a dichas entidades.

Por lo tanto la historia muestra que no sólo el derecho continental pero, de forma más específica, también el derecho español estuvieron abiertos a imponer penas a personas jurídicas. Con ello quedaría descartado cualquier argumento que pretendiera defender que la pena de la persona jurídica no tiene antecedentes

históricos en nuestro derecho y que esa falta de antecedentes es una razón por la cual no podría ni debería aplicarse penas a este tipo de entidades.

SEGUNDO CAPÍTULO

A pesar de las críticas que afirman que las características de la persona jurídica impiden hablar de una acción delictiva propia de esta persona, y mucho menos concebir que las categorías tradicionales del derecho penal pueden aplicarse en este caso, sí existe una interpretación que permite considerar que la persona jurídica posee las aptitudes necesarias para ser un sujeto al que pueda aplicarse una pena. Esta capacidad para ser penada debe ser verificada desde un punto de vista procesal pero también en función a los rasgos particulares de la persona jurídica

I. Por un lado, procesalmente la persona jurídica es capaz de ser un sujeto pasivo del proceso penal. Aunque sus diferencias respecto a la persona física obligan a que el proceso penal haga ciertas matizaciones en algunos aspectos como la creación de la figura del representante especialmente designado, la prestación de conformidad que en sus requisitos de voluntariedad y deber ser personalísima se cumplen a través de dicho representante, que el hecho de referencia y Compliance Program sean siempre los objetos de prueba del proceso. Sin embargo esas matizaciones en ningún caso desvirtúan la naturaleza y la esencia del proceso penal, y la persona jurídica tiene asegurada las garantías máximas que le corresponden como sujeto pasivo de un proceso penal.

II. Por otro lado, la persona jurídica tiene la capacidad para llegar a ser considerada como una entidad racional y un agente moral. La aptitud de racionalidad requiere previamente que la persona pueda ser una entidad autónoma y ello se consigue a través de tres requisitos, que pueden ser cumplidos por cualquier persona jurídica: capacidad de desarrollar visiones propias sobre el mundo, poseer unas aspiraciones concretas y actuar de tal forma que pueda alcanzar sus aspiraciones en función y en coherencia con la visión que tiene del mundo. Una vez cumplido ese requisito, y gracias a las aportaciones de Gilbert, List, Pettit y French, construí una propuesta de cómo la persona jurídica puede llegar a ser considerada como un ente

racional: cuando existe dentro de ella un proceso interno, coherente y consistente, para establecer juicios y posturas sobre determinados temas, que esta entidad ha ido adoptando desde su constitución y perfeccionando a lo largo del tiempo, cuya estructura resulta en un balance entre el poder corporativo, que determina las posiciones de sus integrantes, y la política corporativa, que regula los procedimientos de toma de todas las decisiones dentro de su estructura, y donde todo ello deriva en actuaciones de sus miembros individuales que sólo cobran sentido como parte de una actividad colectiva general, desvinculadas de sus pretensiones y opiniones personales.

En cuanto a la posibilidad de ser un agente moral, toda actuación de los integrantes individuales de la persona jurídica lleva aparejada una valoración moral. Pero esa valoración moral no es íntimamente personal, sino que está condicionada a las relaciones de poder y a los mecanismos y procedimientos para tomar decisiones que han sido establecidos gracias a la Decisión Interna Corporativa de la persona jurídica. Ese condicionamiento ha sido protocolizado y perfeccionado por la organización y estructura de la persona jurídica al punto que permite hacer una transmisión: la valoración deja de ser del individuo y pasa ser de la propia persona jurídica. Sin embargo no toda valoración moral puede ser transmitida a la persona jurídica, sino sólo aquellas que guarden relación con el ámbito socio-económico del objetivo que persigue y que hayan sido exteriorizadas.

III. Su capacidad de ser sujeto pasivo en un proceso penal y su aptitud para ser una entidad racional y moral otorgan capacidad a la persona jurídica para recibir una pena.

TERCER CAPÍTULO

Aunque son conocidas las voces doctrinales que pretenden defender que la pena para la persona jurídica y la sanción administrativa tienen la misma naturaleza y contenido, existen elementos que permiten afirmar todo lo contrario.

I. El análisis de todas las clases de penas para la persona jurídica en comparación con sus contrapartes administrativas permite resaltar diferencias importantes. Lo

primero que se puede destacar es que no todas las penas tienen una contraparte en la rama administrativa: se trata de la disolución y de la intervención judicial. Si no existen sanciones administrativas similares a la disolución o a la intervención judicial es porque se trata de sanciones muy graves y que sólo pueden imponerse por la vía penal. Son penas únicas y exclusivas del ámbito penal cuyo contenido y naturaleza no es similar a ninguna sanción administrativa. Por lo tanto, la exclusividad de estas dos penas es una prueba de que la sanción administrativa y la pena de la persona jurídica no son iguales.

II. Respecto a aquellas penas (prohibición de actividades, clausura de locales o inhabilitación) que sí tienen una contraparte en el ámbito administrativo, sus contenidos también son distintos a pesar de la aparente igualdad. El contenido de estas penas tiene una mayor gravedad que en el caso de sus versiones administrativas porque emanan de un proceso penal que se diferencia totalmente del proceso administrativo. Tanto la aplicación de máximas garantías procesales y la presencia de una fase de juicio oral que se producen únicamente en el proceso penal dan fe de esa diferenciación respecto al proceso administrativo. Estas diferencias procesales son las que infunden a las penas de un efecto estigmatizador que no se da en el ámbito administrativo. En efecto, la mayor complejidad procesal, el debate oral, la máxima protección garantista de las partes y su carácter público muestran a la sociedad la severidad del proceso penal, y la mayor gravedad que puede emanar de un castigo penal. Este efecto estigmatizador no está presente en el caso de las sanciones administrativas, y en consecuencia incluso en el caso de aquellas sanciones que parecen ser similares, tanto en el ámbito penal como en el administrativo, su contenido no es idéntico y tampoco lo es su naturaleza.

III. En consecuencia, puedo concluir que la pena de la persona jurídica y la sanción administrativa no son sanciones iguales.

CUARTO CAPÍTULO

I. Las aptitudes de racionalidad y de moralidad de una persona jurídica analizadas en la presente investigación le permiten cumplir en cierta medida con la culpabilidad tanto en su sentido amplio como en su sentido restringido.

Si se afirma que este cumplimiento es parcial es porque hay elementos de la culpabilidad que son cumplidos de forma indirecta. En el sentido restringido de la culpabilidad como categoría del Derecho, se cumple indirectamente con el requisito de conocimiento de la antijuridicidad. Esto se produce gracias a los procesos de transmisión de conocimientos que se dan en la persona jurídica como consecuencia de la Decisión Interna Corporativa. Esta Decisión Interna Corporativa y los argumentos de Gilbert muestran que las acciones pertenecen en última instancia a la persona jurídica porque sólo así cobran sentido. El requisito de imputabilidad también se cumple de forma indirecta porque primero son los individuos que forman parte de la persona jurídica quienes se motivan y esa motivación se transmite a la persona jurídica, pero no nace directamente de ella. La transmisión de esa motivación es posible gracias al mismo procedimiento que permite que la persona jurídica sea un agente moral. En el sentido amplio de la culpabilidad, existen principios como el de dolo imprudencia o el principio de imputación personal, que también se cumplen pero de forma indirecta. Ello es así porque el dolo o la imprudencia, o los requisitos de imputabilidad nacen primero en la persona individual que es miembro de la persona jurídica, y luego le son transferidos a la persona jurídica.

II. Esta flexibilización de la culpabilidad y su cumplimiento parcial es permisible porque en el caso de una persona jurídica se da el fenómeno de la segunda velocidad del derecho penal.

Hoy en día hay una segunda velocidad del derecho penal que permite castigar y penar ámbitos en los que antes no se involucraba el derecho penal. Esta segunda velocidad del derecho penal es posible en el caso de las personas jurídicas porque a ellas no se les puede imponer una pena privativa de libertad, y ello permite que se puedan flexibilizar la aplicación de ciertos principios y las reglas de imputación del derecho penal. Por lo tanto la culpabilidad tanto en su sentido amplio como restringido es permisible cuando estamos ante un caso de una persona jurídica por ser inaplicable una pena privativa de libertad.

III. La capacidad de racionalidad y de moralidad de la persona jurídica permite que la pena de multa alcance su fin preventivo general disuasorio y despliegue tanto su dimensión positiva como su dimensión negativa.

La dimensión positiva consiste en la comunicación de un reproche ético social que es captado por la persona jurídica a través de sus miembros, el mensaje es procesado a través de los procedimientos de decisión y actuación de la persona jurídica y así esta entidad recibe la comunicación de la imposición de la pena de multa. La intimidación, que refleja la dimensión negativa de la prevención general disuasoria, también es percibida de forma indirecta por la persona jurídica gracias a los medios de transmisión de conocimientos, valoraciones morales y emociones que se producen dentro de la persona jurídica, y que expone Rich en su obra.

IV. Las penas c) a g) del artículo 33.7 del Código Penal se rigen por unas reglas de aplicación diferentes a las de la pena de multa, y que muestran que su fin es la prevención general reactiva.

Las reglas de aplicación de las penas c) a g) se establecen en el artículo 66 bis del Código Penal. Se caracterizan por tener un contenido mayoritariamente prospectivo (aunque no exclusivamente porque también hay elementos que <<miran al pasado>> como el supuesto c del apartado 1 del artículo 66 bis), por incidir directamente en la organización de la persona jurídica y su actividad y presionarla a reorganizarse en el futuro. Todo ello nos conduce a coincidir con la idea de O'Sullivan y la propuesta de Goena y concluir que el fin que persiguen estas penas es la prevención general disuasoria,

V. La pena de disolución presenta una particularidad, es una pena que tiene un fin preventivo disuasorio pero que se rige por las reglas de aplicación de las penas c) a g) del artículo 33.7 del Código Penal.

La pena de disolución no cumple el mismo fin que las penas c) a g) porque su aplicación supone el fin de la existencia de la persona jurídica, y no se produce ninguna reacción o reorganización como en el caso de las otras penas. La jurisprudencia y el artículo 570 quater permiten entender que el fin que persigue la

disolución es disuadir a las personas jurídicas de conformar, transformarse o favorecer de algún modo a la existencia de organizaciones y grupos criminales.

VI. Que el contenido de las consecuencias accesorias del artículo 129 del Código Penal sea el mismo que las penas c) a g) me obliga a entender que de *lege lata* hay un fraude de etiquetas, y esas consecuencias realmente son penas. De *lege referenda* me permito proponer eliminar las consecuencias del artículo 129 y establecer unas más acordes con la situación de las entidades sin personalidad jurídica como por ejemplo la inscripción de la entidad en algún Registro Público, o la presentación periódica ante el Juez o Tribunal de informes técnicos para el control de su actividad.

BIBLIOGRAFÍA

AGUSTINA SANLLEHÍ, JOSÉ. (2010). *El delito en la empresa. Estrategias de prevención de la criminalidad intra-empresarial y deberes de control del empresario*. En Barcelona: editorial Atelier.

ÁLVAREZ ALARCÓN, ARTURO. (2017). *Sobre la ejecución penal de las personas jurídicas*. En PÉREZ-CRUZ MARTÍN, AGUSTÍN JESÚS (dir.); NEIRA PENA, ANA MARÍA (coord.). *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*. En Pamplona: Editorial Thomson Reuters.

ÁNGELES CUADRADO RUIZ, MARÍA. (2008). *¿Hacia la erradicación del principio "societas delinquere non potest"?*. En MUÑOZ CONDE, FRANCISCO. *Problemas actuales del derecho penal y de la criminología*. En Madrid: Editorial Tirant lo Blanch.

BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL. (1981). De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas. En Anuario de derecho penal y ciencias penales. ISSN 0210-3001, tomo 43.

BAJO FERNANDEZ, MIGUEL. (2008). *Nuevas tendencias en la concepción sustancial del injusto penal*. *Indret*, 3.

BAJO FERNÁNDEZ, MIGUEL; FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO JOSÉ; GÓMEZ JARA DÍEZ, CARLOS. (2016). *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*. En Pamplona: Editorial Arazandi, SA.

BAÑOS PINO, CARMEN. (2019). *Acerca de la razón y de la racionalidad humana*. En El Basilisco: Revista de materialismo filosófico. ISSN 0210 0088, nro. 52.

BUENO MARTÍNEZ, GUSTAVO. (2011). *Societas delinquere non potest*. En Tesela, nro. 72.

BUENO SALINAS SANTIAGO. (2014). *Las personas jurídicas en el Derecho Canónico*. En Barcelona: editorial Sant Pacià.

BUSATO, PAULO CÉSAR. (2019). *Tres tesis sobre la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. En Valencia: Tirant lo Blanch.

CAFFERATA NORES, JOSÉ. (2012). *Manual de Derecho Procesal Penal*. En Buenos Aires: Editorial: Advocatus.

CATTLIN, BECCA. (2020, 19 de marzo) *¿Qué es la hipótesis del mercado eficiente (EMH)?*. IG. <https://www.ig.com/es/estrategias-de-trading/-que-es-la-hipotesis-del-mercado-eficiente--emh---200302>

CANO CAMPOS, TOMÁS. (2018). *Sanciones administrativas*. En Madrid: Francis Lefevre.

CARMONA RUANO, MIGUEL. (1990). *Prueba de la infracción administrativa y derecho fundamental a la presunción de inocencia*. [Jueces para la democracia](#). ISSN 1133-0627, Nro. 9.

C. COFFEE, JOHN JR. (1981). *No soul to damn: No body to kick: An unscandalized inquiry into the problem of Corporate Punishment*. The Michigan Law Review Association, nro. 79.

CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU; GÓMEZ MARTIN, VICTOR. (2014). *Prólogo*. En MIR PUIG, SANTIAGO; CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU; GÓMEZ MARTIN, VICTOR. (dir.), *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*. En Buenos Aires, Montevideo, Madrid: editorial B de F.

CUELLAR GONZALES, NICOLÁS. (2015). *Representación y defensa de la persona jurídica*. En JUANES PECES, ÁNGEL (dir.); DIEZ RODRIGUEZ, ELENA (coord.). *Responsabilidad Penal y Procesal de las personas jurídicas*. En Madrid: Editorial Francis Lefebvre.

DEL MORAL GARCÍA, ANTONIO. (2015). *Comparecencia, declaración y representación de persona jurídica*. En JUANES PECES, ÁNGEL (dir.); DIEZ RODRIGUEZ, ELENA (coord.). *Responsabilidad Penal y Procesal de las personas jurídicas*. En Madrid: Editorial Francis Lefebvre.

DEL ROSAL FERNÁNDEZ, JUAN. (1973). *Cosas de derecho penal*. En Madrid: Universidad Complutense.

DÍEZ PICASO GIMÉNEZ, IGNACIO. (2018). *El derecho a la legalidad sancionadora en el ámbito administrativo*. En RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, MIGUEL; CASAS BEAMONDE, MARÍA EMILIA (dir.). *Comentarios a la Constitución Española. Tomo I*. En Madrid: Editorial Wolter Kluwers.

DÓPICO GÓMEZ-ALLER, JACOBO. (2014). *Posición de garante del Compliance Officer por infracción del “deber de control”: una aproximación tópica*. En CORCOY BIDASOLO, MIRENTXU. y GÓMEZ MARTIN, VICTOR (dir.), *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*. En Buenos Aires, Montevideo, Madrid: editorial B de F.

ESTEVE PARDO, JOSÉ. (2011). *Lecciones de Derecho Administrativo*. En Barcelona: Editorial Marcial Pons.

FARALDO CABANA, PATRICIA. (2015). *Las penas*. En JUANES PECES, ÁNGEL (dir.); DIEZ RODRIGUEZ, ELENA (coord.). *Responsabilidad Penal y Procesal de las personas jurídicas*. En Madrid: Editorial Francis Lefebvre.

FARALDO CABANA, PATRICIA. (2017). *¿Es la multa una sanción apropiada para las personas jurídicas*. En PÉREZ-CRUZ MARTÍN, AGUSTÍN JESÚS (dir.); NEIRA PENA, ANA MARÍA (coord.). *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*. En Pamplona: Editorial Thomson Reuters.

FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO JOSÉ. (2007). *Normativización del Derecho penal y realidad social*. En Bogotá: Universidad del Externado de Colombia.

FEIJOO SÁNCHEZ, BERNARDO. (2014). *La pena como institución jurídica*. En Buenos Aires: editorial B de f.

FEINBERG, JOEL. (1965). *The expressive function of punishment*. The Monist nro. 49. En Oxford: Oxford University Press.

FRENCH, PETER. (1979). *The Corporation as a moral person*. American Philosophical Quarterly, núm. 3. En Illinois: University of Illinois Press on behalf of North American Philosophical Publications.

GARBERÍ LLOBREGAT, JOSÉ; BUITRÓN RAMIREZ, GUADALUPE. (2016). *El Procedimiento administrativo sancionador*. En Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

GARCÍA ARÁN, MERCEDES; CÓRDOBA RONDA, JUAN. (2011). *Comentarios al Código Penal: Parte General*. En Barcelona: Editorial Marcial Pons.

GARCÍA DE ENTERRÍA, EDUARDO; FERNÁNDEZ RODRÍGUEZ, TOMÁS RAMÓN. (2017). *Curso de derecho administrativo II*. En Navarra: Editorial Civitas.

GARCÍA ESTEVEZ, PABLO. (2017). *La teoría del mercado eficiente*. Business Review: Revista Harvard Deusto. Nro. 271.

GILBERT, MARGARET. (2006). *A Theory of Political Obligation: Membership, Commitment, and the Bonds of Society*. En Oxford: Oxford University Press.

GIL NOBAJAS, MARÍA SOLEDAD. (2015). *Consideraciones en torno a la imposición y determinación de penas interdictivas a personas jurídicas*. En LANDA GOROSTIZA, JON MIRENA (dir.); GARRO CARRERA, ENARA y ORTUBA Y FUENTES GARRO (coord.). *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015*. En Madrid: editorial Dykinson.

GIMENO BEVIÁ, JORDI. (2016). *Compliance y Proceso Penal. El proceso penal de las personas jurídicas*. En Pamplona: Editorial Thomson Reuters.

GIMENO SENDRA, JOSÉ VICENTE. (2012). *Derecho procesal penal*. En Navarra: Editorial Civitas.

GOENA VIVES, BEATRIZ. (2017). *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*. En Madrid: Editorial Marcial Pons.

GÓMEZ ALLER, DOPICO. (2012). *Proceso penal contra personas jurídicas: medidas cautelares, representantes y testigos*. Diario LA LEY, núm. 7796.

GÓMEZ GÓMEZ, JAVIER; MARTA ESCUDERO HÉRNADEZ COBO, PAULA; POSADO, LUIS; ARMENTIA MORILLAS PAULA; ECIJA BERNAL ÁLVARO. (2015). *Fases de implantación de un programa de Compliance*. En SAIZ PEÑA, CARLOS ALBERTO (coord.). *COMPLIANCE Cómo gestionar los riesgos normativos de la empresa*. En Pamplona: editorial Thomson Reuters.

GÓMEZ JARA DÍEZ, CARLOS. (2019). *El Tribunal Supremo ante la responsabilidad penal de las personas jurídicas*. En Navarra: Editorial Arazandi.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, CARLOS. (2012). *EL sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas en el nuevo código penal español*. En SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA (dir.); PASTOR MUÑOZ NURIA (coord.). *El nuevo Código Penal*. En Madrid: editorial La Ley.

GÓMEZ MARTÍN, VÍCTOR. (2016). *Penas para personas jurídicas: ¿ovejas con piel de lobo?* En LANDA GOROSTIZA, JON MIRENA (dir.); GARRO CARRERA, ENARA y ORTUBA Y FUENTES, MIREN (coord.). *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015*. En Madrid: Editorial Dykinson.

GONZÁLES CUELLAR SERRANO, NICOLÁS. (2016). *Prólogo*. En GIMENO BEVIÁ, JORDI. *Compliance y Proceso Penal. El proceso penal de las personas jurídicas*. En Pamplona: Editorial Thomson Reuters.

GONZÁLEZ CUSSAC, JOSÉ. (2015). *Comentarios a la reforma del Código Penal del 2015*. En Valencia: Editorial Tirant lo Blanc.

GUZMÁN DALBORA, JOSÉ LUIS. (2014). *Filosofía y política de la atribución de responsabilidad penal a las personas jurídicas*. En MIR PUIG, S.; CORCOY BIDASOLO, M. y GÓMEZ MARTÍN, V. (dir.), *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*. En Buenos Aires, Montevideo, Madrid: editorial B de F.

HAREL, ALON; HYLTON KEITH N. (2012). *Research Handbook on the Economics of Criminal Law*. En Cheltenham: editorial Edward Elgar Publishing Limited.

HASSEMER, WINFRIED. (2003). *Contra el abolicionismo: acerca del porqué no se debería suprimir el derecho penal*. Revista penal. ISSN 1138-9168. Nro. 11.

JAKOBS, GÜNTHER. (2004). *Sobre la normativización de la dogmática jurídico penal*. En Bogotá: editorial Universidad del externado de Colombia.

JOACHIM HIRSCH, HANS. (1993). *La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones*. En Anuario de derecho penal y ciencias penales. ISSN 0210-3001, nro. 46.

JUANES PECES, ÁNGEL. (2015). *Representación y defensa de la persona jurídica*. En JUANES PECES, ÁNGEL (dir.); DIEZ RODRIGUEZ, ELENA (coord.). *Responsabilidad Penal y Procesal de las personas jurídicas*. En Madrid: Editorial Francis Lefebvre.

LIST, CHRISTIAN; PETTIT PHILIP. (2011). *Group Agency: The Possibility, Design and Status of Corporate Agents*. En Oxford: Oxford University Press.

LOEWENSTEIN, KARL. (1970). *Roma y la teoría general del Estado*. En Revista de estudios políticos. ISSN 0048-7964, nro. 174.

MACEY, JONATHAN R. (1991). *Agency theory and the Criminal liability of Corporations*. Yale Law School Faculty Scholarship series. Nro. 1716.

MARTÍNEZ-BUJÁN PÉREZ, CARLOS. (1999). *La "Concepción significativa de la acción" de T. S. Vives y su correspondencia sistemática con las concepciones teleológico-funcionales del delito*. En Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología. ISSN 1695-0194, nro. 1.

MARTÍNEZ PATÓN, VÍCTOR. (2019). *Responsabilidad penal de las personas jurídicas: la Doctrina Societas Delinquere Non Postest*. En Buenos Aires: editorial B de f.

MANZANO MORENO, ERNESTO CARLOS. (1985). *El ilícito penal y el administrativo, el principio "non bis in ídem" y la jurisprudencia del Tribunal Constitucional*. Recuperado de https://www.mjusticia.gob.es/cs/Satellite/Portal/1292344064365?blobheader=application%2Fpdf&blobheadername1=Content-Disposition&blobheadername2=EstudioDoctrinal&blobheadervalue1=attachment%3B+filename%3D1985_1386.pdf&blobheadervalue2=1288776835481

MARTÍN LORENZO, MARÍA. (1997). *Una explicación dual del castigo: comentario crítico de la propuesta de Von Hirsch y Hörnle*. En Anuario de derecho penal y ciencias penales. ISSN 0210-3001, Tomo 50.

MAZA MARTÍN, JOSÉ MANUEL. (2015). *La conformidad de la persona jurídica*. En JUANES PECES, ÁNGEL (dir.); DIEZ RODRIGUEZ, ELENA (coord.). *Responsabilidad Penal y Procesal de las personas jurídicas*. En Madrid: Editorial Francis Lefebvre.

MESTRE, ACHILLES. (1899). *Las personas morales y su responsabilidad penal*. Traducido por CAMARGO Y MARÍN, CÉSAR. En Madrid: editorial Góngora.

MICHAUD-QUANTIN, PIERRE. (1970). *Universitas: expressions du mouvement communautaire dans le moyen-age latin*. En Paris: editorial Librairie Philosophique J. Vrin.

MIR PUIG, SANTIAGO. (2011). *Derecho Penal Parte General*. En Barcelona: Editorial Reppertor.

MIR PUIG, SANTIAGO. (2014). *Las nuevas "penas" para personas jurídicas: una clase de "penas" sin culpabilidad*. En MIR PUIG, S.; CORCOY BIDASOLO, M. y GÓMEZ MARTIN, V. (dir.), *Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal*. En Buenos Aires, Montevideo, Madrid: editorial B de F.

MIR PUIG SANTIAGO. (2015). *Las nuevas "penas" para personas jurídicas, una clase de "penas" sin culpabilidad*. En I Congreso Internacional de la FICP sobre retos actuales de la teoría del delito. Ponencia llevada a cabo en Barcelona.

MORENO CATENA, VICTOR; CORTÉS DOMÍNGUEZ, VALENTÍN. (2019). *Derecho Procesal Penal*. En Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

MUÑOZ CONDE, FRANCISCO; GARCÍA ARÁN, MERCEDES. (2010). *Derecho Penal Parte General*. En Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

NEIRA PENA, ANA MARÍA. (2017). *La prueba en el proceso frente a las personas jurídicas*. En PÉREZ-CRUZ MARTÍN, AGUSTÍN JESÚS (dir.); NEIRA PENA, ANA MARÍA (coord.). *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*. En Pamplona: Editorial Thomson Reuters.

NIETO MARTÍN, ADÁN; DIRK BLUMENBERG, AXEL. (2010). <<*Nemo tenetur se ipsum accusare*>> en el *Derecho Penal europeo*. En Díez Pícazo, Luis María; Nieto Martín, Adán (dir.) *Los Derechos fundamentales en el Derecho Penal europeo*. En Cizur Menor: Editorial Thomson Arazandi.

NIEVA FENOLL, JORDI. (2016). *Investigaciones internas de la persona jurídica, derechos fundamentales y valor probatorio*. En *Jueces para la Democracia*. ISSN 1133-0627, nro. 86.

O'SULLIVAN, JULIE. (2014). *How prosecutors apply the 'federal prosecutions of corporations' charging policy in the era of deferred prosecutions, and what that means for the purposes of the federal criminal sanction*. *American Criminal Law Review*, Vol. 51, Nro. 1.

PANIZO ORALLO, SANTIAGO. (1973). *Persona jurídica y ficción: estudio de la obra de Sinibaldo de Fieschi (Inocencio IV)*. Tesis Doctoral leída en la Universidad Complutense de Madrid.

PETTIT, PHILIP. (2002). *Collective Persons and Powers*. Legal Theory 8. En New York: Cambridge University Press.

PORRES DE ORTIZ URBINA, E. (2018). *El aseguramiento de las sanciones*. Recuperado de <https://elderecho.com/el-aseguramiento-de-las-sanciones>

RAGUÉS I VALLÈS, RAMÓN. (2014). *El fomento de las denuncias como instrumento de política criminal contra la criminalidad corporativa: Whistleblowing interno vs whistleblowing externo*. En MIR PUIG, S.; CORCOY BIDASOLO, M. y GÓMEZ MARTIN, V. (dir.), Responsabilidad de la empresa y Compliance. Programas de prevención, detección y reacción penal. En Buenos Aires, Montevideo, Madrid: editorial B de F.

REBOLLO PUIG, MANUEL. (2001). *El contenido de las sanciones*. Justicia Administrativa. ISSN 1139-4951, nro. Extra 1.

RICH, SYLVIA. (2016). *The Moral Agency of Corporations and its Implications for Criminal Law Theory*. En Oxford: Oxford University Press.

RICH, SYLVIA. (2016). *Corporate criminals and punishment theory*. Canadian Journal of Law & Jurisprudence No. 1. DOI: 10.1017/cjlj.2016.4.

ROCA AGAPITO, LUIS. (2014). Sanciones penales aplicables a las personas jurídicas. En ONTIVEROS ALONSO, MIGUEL (coord.). La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Fortalezas, debilidades y perspectivas de cara al futuro. En Valencia: Editorial Tirant lo Blanch.

RODRÍGUEZ BAHAMONDE, ROSA. (2017). *Estatuto jurídico procesal de la persona jurídica como parte pasiva del proceso penal*. En PÉREZ-CRUZ MARTÍN, AGUSTÍN JESÚS (dir.); NEIRA PENA, ANA MARÍA (coord.). *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*. En Pamplona: Editorial Thomson Reuters.

RODRÍGUEZ GARCÍA, NICOLAS. (2017). *La conformidad en el proceso penal de las personas jurídicas*. En PÉREZ-CRUZ MARTÍN, AGUSTÍN JESÚS (dir.); NEIRA PENA, ANA MARÍA (coord.). *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*. En Pamplona: Editorial Thomson Reuters.

RODRÍGUEZ TIRADO, ROSA MARÍA. (2017). *La determinación de la persona jurídica investigada ¿Y de los entes sin personalidad jurídica? Determinación del proceso penal aplicable*. En PÉREZ-CRUZ MARTÍN, AGUSTÍN JESÚS (dir.); NEIRA PENA, ANA MARÍA (coord.). *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*. En Pamplona: Editorial Thomson Reuters.

SALDAÑA GARCÍA-RUBIO, QUINTILIANO. (1927). Capacidad criminal de las personas sociales. En Madrid: editorial Reus S.A.

SAURA ALBERDI, BEATRIZ. (2017). *Diseño e implementación del plan de prevención de delitos en la empresa*. En PÉREZ-CRUZ MARTÍN, AGUSTÍN JESÚS (direct.); NEIRA PENA, ANA MARÍA (coord.). *Proceso penal y responsabilidad penal de personas jurídicas*. En Pamplona: Editorial Thomson Reuters.

SCHÜNEMANN, BERND. (1997). *Sobre la Crítica a la Teoría de la Prevención General Positiva*. En SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA (dir.) *Política Criminal y Nuevo Derecho Penal (Libro Homenaje a Claus Roxin)*. En Barcelona: Editorial Bosch.

SERRANO ZARAGOZA, OSCAR. (2014). *Contenido y límites del derecho a la no autoincriminación de las personas jurídicas en tanto sujetos pasivos del proceso penal*>>. En Diario La Ley. ISSN 19896913, Nro. 8415.

SILVA SANCHÉZ, JESÚS MARÍA. (2011). *La expansión del Derecho penal*. En Buenos Aires: editorial B de f.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS-MARÍA. (2012). Aproximación al Derecho Penal contemporáneo. En Buenos Aires: editorial B de f.

SILVA SÁNCHEZ, JESÚS MARÍA. (2013). *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*. En Barcelona: editorial Atelier.

TAMASSIA, NINO. (1894). *Odofredo, Studio storico-giuridico*. En Boloña: editorial Arnaldo Forne.

TOLLEFSEN DEBORAH. (2008). *Affectivity, moral agency and corporate-human relations*. Philosophy and Law, Vol. 7, núm. 2. En Memphis: APA Newsletter.

VALENCIA MARTÍN, GERMÁN. (2018). *El derecho a la legalidad sancionadora en el ámbito administrativo*. En RODRIGUEZ PIÑERO Y BRAVO FERRER, MIGUEL; CASAS BEAMONDE, MARÍA EMILIA (dir.). *Comentarios a la Constitución Española. Tomo I*. En Madrid: Editorial Wolter Kluwers.

VON HIRSCH, ANDREW; ASHWORTH ANDREW. (2005). *Proportionate Sentencing: Exploring the Principles*. En Oxford: Oxford University Press.

VON HIRSCH, ANDREW. (1998). *Censurar y castigar*. Traducido por LARRAURI ELENA. En Madrid: editorial Trotta

VON SAVIGNY, FRIEDRICH CARL. (1840). *Sistema del Derecho Romano Actual, Tomo II*. Traducido por MESÍA JACINTO; POLEY MANUEL. En Madrid: Editorial Góndora.

WITTGENSTEIN, LUDWIG. (1951). *Philosophical Investigations* (traducción al inglés de G.E.M Anscombe). En Oxford: Editorial Basil Blackwell.