

Sobre la ausencia de una teoría de la pena en la «pena» de la persona jurídica

Sumario

-
Este artículo plantea la tesis de que no hay una teoría de la pena para la «pena» de la persona jurídica. Para sostener el planteamiento, examina las teorías de la pena que se invocan habitualmente en relación con la «pena» de la persona jurídica y muestra que esas teorías presuponen invariablemente —y en última instancia— a las personas físicas como sus únicas destinatarias. Esta observación puede ayudar a explicar por qué los autores que aceptan a las personas jurídicas como sujetos del Derecho penal se han concentrado en ellas como sujetos del delito, mientras que han prestado relativamente poca atención a su condición de sujetos de la pena. Reconocer la ausencia de una teoría de la pena aplicable a las personas jurídicas conduce a sostener que una genuina pena para ellas no es posible ni conveniente, no solo por la inexistencia en las personas jurídicas de las condiciones necesarias para que la pena se imponga de manera significativa, sino también por las consecuencias negativas que una «pena» para la persona jurídica desencadena para la pena de las personas físicas.

Abstract

-
This article advances the thesis that no theory of punishment exists for the so-called “punishment” of legal entities. To substantiate this claim, it examines the theories of punishment commonly invoked in relation to corporate punishment and shows that these theories invariably —and ultimately— presuppose natural persons as their subjects. This observation may help explain why scholars who accept legal entities as subjects of criminal law have tended to concentrate on their status as subjects of crime, while devoting comparatively little attention to their status as subjects of punishment. Acknowledging the absence of a theory of punishment applicable to legal entities leads to the further argument that a genuine form of punishment for them is neither possible nor convenient. This is not only because legal entities lack the conditions required for punishment to be meaningfully imposed, but also because their “punishment” produces adverse consequences for the punishment of natural persons.

Zusammenfassung

-
Dieser Artikel vertritt die These, dass es keine Straftheorie gibt, die auf die „Bestrafung“ juristischer Personen anwendbar wäre. Zur Untermauerung dieser These werden die Straftheorien untersucht, die üblicherweise im Zusammenhang mit der „Bestrafung“ juristischer Personen herangezogen werden, und es wird gezeigt, dass diese Theorien ausnahmslos – und letztendlich – natürliche Personen als ihre einzigen Adressaten voraussetzen. Diese Beobachtung kann helfen zu erklären, warum Autoren, die juristische Personen als Subjekte des Strafrechts akzeptieren, sich auf sie als Subjekte der Straftat konzentriert haben, während sie ihrem Status als Subjekte der Strafe relativ wenig Aufmerksamkeit gewidmet haben. Die Einsicht, dass es keine auf juristische Personen anwendbare Straftheorie gibt, führt zu der Schlussfolgerung, dass eine echte Bestrafung juristischer Personen weder möglich noch sinnvoll ist, nicht nur weil bei ihnen die Voraussetzungen für eine sinnvolle Bestrafung fehlen, sondern auch aufgrund der negativen Auswirkungen, die eine solche „Bestrafung“ auf die Sanktionierung natürlicher Personen haben kann.

Title: On The Absence of a Theory of Punishment in the “Punishment” of Legal Entities

Titel: *Über das Fehlen einer Straftheorie in Bezug auf die „Strafe“ juristischer Personen*

-

Palabras clave: pena, prevención general, prevención especial, retribución, persona jurídica

Keywords: *Punishment, Deterrence, Rehabilitation, Retribution, Legal Entity*

Stichwörter: *Strafe, Generalprävention, Spezialprävention, Vergeltung, Juristische Person*

-

DOI: 10.31009/InDret.2026.i2.07

-

2.2026

Recepción
11/12/2025

-

Aceptación
09/02/2026

-

Índice

-

- 1. Consideraciones preliminares**
- 2. Teorías de la pena**
 - 2.1. Prevención general negativa
 - 2.2. Prevención especial
 - 2.3. Prevención general positiva
 - 2.4. Retribución
- 3. Conclusiones**
- 4. Bibliografía**

-

Este trabajo se publica con una licencia Creative Commons Reconocimiento-No Comercial 4.0 Internacional 

1. Consideraciones preliminares*

La discusión sobre la responsabilidad «penal» de la persona jurídica (incorporada al CP español por la reforma impulsada por la LO 5/2010, de 22 de junio y reafirmada por la reforma emprendida por la LO 1/2015, de 30 de marzo) se ha concentrado esencialmente en la determinación del modelo (autorresponsabilidad, heterorresponsabilidad, mixto) más adecuado para hacer posible esa responsabilidad¹. Esa discusión se ha enfocado, por tanto, en determinar si la persona jurídica es responsable por «intervenir» en el delito cometido por la persona física (haciéndolo posible o no evitándolo) o si es responsable solo por el hecho de que esa persona física tiene una relación funcional con ella (como directivo o empleado) y aquel delito la favorece. Sea como fuere, esa discusión revela el interés por esclarecer el alcance y las características del «hecho» («propio», «ajeno» o «conjunto», según los diversos planteamientos existentes²) que constituye el *fundamento* de la responsabilidad «penal» de la persona jurídica³.

Menos interés parece haber recibido la *consecuencia* de esa responsabilidad, esto es, según el «discurso punitivista»⁴, la «pena» para la persona jurídica⁵. Esto llama la atención pues, en el «Derecho penal de la persona física» –a mi juicio, el único Derecho penal que podría existir–, la pena, por ser la reacción estatal más violenta, está permanentemente sometida a «fuertes presiones de legitimación»⁶, de tal manera que en la doctrina se habla incluso de una irrenunciable «obligación de justificación filosófico-jurídica de la pena»⁷. La promoción de la responsabilidad «penal» de la persona jurídica parece exigir el sacrificio de esa constante necesidad de legitimación a la que esta sometida la pena como institución jurídica, posiblemente,

* Autor de contacto: Alfredo Alpaca-Pérez (alfredo.alpaca@hotmail.com). El autor agradece las valiosas y útiles observaciones ofrecidas por los Prof. Dres. Yesid Reyes Alvarado, Beatriz Suárez López y Fernando Tamayo Arboleda a la ponencia titulada «La teoría de la pena en la responsabilidad penal de la persona jurídica», realizada el 3 de septiembre de 2025 en la Facultad de Derecho de la Universidad de los Andes (Bogotá, Colombia), las que han sido tomadas en cuenta para enriquecer este trabajo. El artículo se enmarca en el Proyecto de investigación PID2019-108567RB-C21 financiado por MCIN/AEI/10.13039/501100011033, en las tareas de investigación de la UIC 166 de Castilla y León y en las del GI DPULE.

¹ Sobre los diversos modelos, por todos, NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, 2008, pp. 85 ss.

² Sobre esos planteamientos, por todos, GARCÍA CAVERO, *Derecho penal de las personas jurídicas*, 2023, pp. 42 ss.

³ Todo esto pese a que las reformas al CP impuestas tanto por la LO 5/2010 como por la LO 1/2015 no supusieron el abandono del «*societas delinquere non potest*», pues, como indicó MIR PUIG, «Las nuevas “penas” para personas jurídicas, una clase de “penas” sin culpabilidad», en DE VICENTE REMESAL *et al.* (dirs.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, v. II, 2020, p. 1337, «[...] la responsabilidad penal que establece el nuevo art. 31 bis CP no se basa en delitos cometidos por personas jurídicas, sino en delitos cometidos por personas físicas por cuenta y en provecho de las personas jurídicas» (cursiva en el original).

⁴ GRACIA MARTÍN, «Consideraciones críticas sobre las erróneamente supuestas capacidades de infracción y sanción de la persona jurídica en Derecho sancionador administrativo», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, (55), 2020, p. 56.

⁵ Este menor interés puede verificarse incluso en la reforma del CP llevada a cabo por la LO 1/2015, en la que, según GALÁN MUÑOZ, *Fundamentos y límites de la responsabilidad penal de las personas jurídicas tras la reforma de la LO 1/2015*, 2017, pp. 257 ss., se «mejoró» el «sistema de imputación de responsabilidad», dejando de lado la solución de los problemas del «sistema de penas previamente establecido por la LO 5/2010», como, por ejemplo –según el citado autor–, el escaso catálogo de «penas» aplicables a la persona jurídica, el catálogo cerrado de atenuantes, las dificultades de las reglas de determinación recogidas en el art. 66 bis del CP y las cuestiones «insalvables» originadas en el art. 130.2 del CP, referido a la transferencia de la multa a otras entidades.

⁶ VAN WEEZEL, «Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Política Criminal*, (5), 2010, p. 115.

⁷ NEUMANN, «Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Verbänden – rechtstheoretische Prolegomena», en KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK (eds.), *Unternehmensstrafrecht*, 2012, pp. 13-20.

porque el impulso a toda costa del efecto expresivo de lo «penal» –bajo el ropaje del argumento de la «necesidad político-criminal»⁸ o de «las exigencias de la delincuencia económica moderna»⁹– se considera de manera tácita como un «bien mayor».

Lo acabado de indicar revela entonces el problema que se quiere abordar en esta investigación: pese a que en la doctrina (mayoritaria en España –aunque con notables voces críticas¹⁰– y creciente en Alemania y en otros países culturalmente afines) se habla de una responsabilidad «penal» de la persona jurídica, la atención de esa doctrina se ha centrado más en la dimensión del «delito» (incluso en la pretensión de instaurar una «teoría del delito» para la persona jurídica) y menos en la dimensión de la «pena». Ello no es casual, pues, desde mi punto de vista, no hay teoría de la pena que pueda legitimar una «pena» a la persona jurídica. Y esto no solo porque esa reacción estatal –caracterizada usualmente como la más intensa y aflictiva y, por ello, necesitada de legitimación y límites claros– requiere de ciertas condiciones que la persona jurídica difícilmente puede reunir, sino también –y principalmente– porque la «pena» de la persona jurídica se refiere, en última instancia, a la persona física.

En este trabajo se analizan las teorías de la pena que responden a un enfoque «monista»¹¹: la prevención general negativa (*infra* 2.1), la prevención especial (*infra* 2.2.), la prevención general positiva (*infra* 2.3.) y la retribución (*infra* 2.4). La razón por la cual aquí me concentro en estas teorías –y no en las que reciben el nombre de «mixtas»¹²– radica en que las investigaciones que han abordado el asunto referido a la «pena» de la persona jurídica suelen proceder de ese mismo modo¹³. Dicho de otra manera: se analizan las teorías «monistas» porque el debate referido a la «pena» de la persona jurídica se ha construido sobre ellas. Incluso dentro del sector «punitivista»,

⁸ NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2008, p. 17.

⁹ KULHANEK, «Der fragmentarische Charakter des Strafrechts als Argumentationsfigur. Exemplifiziert an der Frage nach einem Deliktskatalog für eine Verbandsstrafbarkeit», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (13), 2014, p. 675.

¹⁰ Al respecto, por todos, ROBLES PLANAS, «Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP», *Diario La Ley*, (7705), 2011, p. 16 («Es así como cabría interpretar el adverbio “penalmente” contenido en el art. 31 bis CP: referido no al fundamento o naturaleza de la responsabilidad, sino al contexto en el que ésta se deriva [esto es, en el seno de un procedimiento penal]. El fundamento y naturaleza de esa responsabilidad de la persona jurídica es, por el contrario, ajeno al Derecho penal»); SILVA SÁNCHEZ, «Lo real y lo ficticio en la responsabilidad “penal” de las personas jurídicas», *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Compliance*, (1), 2023, p. 21 («está claro que el recurso a la responsabilidad penal y a la pena a propósito de las personas jurídicas constituye un error conceptual, si es que la pena debe seguir siendo lo que es. Por eso, las sanciones a las personas jurídicas deberían quedar preferiblemente fuera del sistema penal»); DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Reflexiones sobre el núcleo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal español y algunos cabos sueltos», *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Compliance*, (2), 2023, p. 27 («en el caso de la llamada responsabilidad penal de las personas jurídicas no nos hallamos ante responsabilidad penal en sentido estricto, no ante penas en sentido estricto y no ante la comisión de verdaderos delitos [con sus presupuestos] por la propia persona jurídica»).

¹¹ ROXIN, «Prävention, Tadel und Verantwortung. Zur neuesten Strafzweckdiskussion», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2015, p. 187.

¹² ROXIN, GA, 2015, p. 186.

¹³ Al respecto, en la doctrina española, véase, por todos, CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, 2015, pp. 224 ss.; GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, 2017, pp. 112 ss. En la doctrina alemana, por todos, EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe. Sanktionen gegen Juristische Personen nach deutschem und US-amerikanischem Recht*, 1994, pp. 203 ss.; SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität ohne Strafrecht?*, 2013, pp. 444 ss.; KOHLHOF, *Die Legitimation einer originären Verbandsstrafe. Eine straftheoretische Untersuchung*, 2019, pp. 59 ss.

las teorías mayormente admitidas por quienes se integran en él son las teorías «monistas» de la prevención general positiva¹⁴ o de la retribución¹⁵.

Ahora bien, aunque varios planteamientos admiten que la «pena» de la persona jurídica podría legitimarse por el cumplimiento de varios fines, parece asumirse, de manera expresa o tácita, que dichos fines podrían alcanzarse de manera «aislada»¹⁶. Ello conduce, probablemente, a evitar una reflexión más profunda sobre la relación entre esos fines y a eludir la formulación de algún tipo de «prioridad» entre ellos¹⁷. En última instancia, esto revela la ausencia de una preocupación por esclarecer la interacción entre tales fines¹⁸, como cabría esperar de una teoría «pluralista»¹⁹.

Tampoco se le dedica aquí atención a las llamadas «teorías expresivas»²⁰, conforme a las cuales la pena «se justifica como expresión de una desaprobación o censura [Tadel] merecida»²¹. El hecho de que estas teorías concentren su atención en la declaración de culpabilidad (dimensión expresiva), dejando en un segundo plano la justificación de la imposición del mal de la pena (dimensión instrumental)²², revela que dicha declaración incorpora ya una valoración pública sobre el merecimiento de pena, mientras que su imposición continúa requiriendo una justificación ulterior. Por ello, las teorías expresivas, en realidad, «no plantean una auténtica teoría de la pena, sino que centran su interés en los presupuestos del castigo legítimo, que en nuestra cultura jurídica denominamos culpabilidad por el hecho»²³. Ahora bien, si se toma en cuenta que una desaprobación o censura puede ser no solo de una conducta, sino también de una cualidad (independientemente de si esta es o no merecida), se aclara el hecho de que los partidarios de las teorías expresivas «se sientan atraídos con la idea de la culpabilidad de la personalidad (*Persönlichkeitsschuld*)»²⁴. Esto podría explicar –ya en el ámbito de la «pena» de la

¹⁴ Véase *infra* 2.3.

¹⁵ Véase *infra* 2.4.

¹⁶ Así, por todos, ACKERMANN, *Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen*, 1984, p. 195; EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, 1994, p. 203; DUST, *Täterschaft von Verbänden*, 2019, pp. 91 ss.

¹⁷ En ese sentido, expresamente, EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, 1994, p. 203, quien, después de admitir que la imposición de una «pena» a la persona jurídica tiene sentido y de preguntarse si alguno de los fines de la «pena» (para la persona jurídica) debe tener prioridad, concluye afirmando que la cuestión es irrelevante.

¹⁸ Esa es precisamente la crítica que formulan ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I: *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5.ª ed., 2020, 3/35, a la llamada «teoría unificadora aditiva»: «sus defensores se contentan con poner sencillamente uno al lado del otro, como fines de la pena, la compensación de la culpabilidad, la prevención especial y general». Este proceder «[...] no remueve las carencias de las opiniones particulares, sino que las suma y conduce sobre todo a un ir y venir sin sentido entre los diferentes fines de la pena, lo que hace imposible una concepción unitaria de la pena como uno de los medios de satisfacción social» (cursiva agregada).

¹⁹ Sobre las llamadas «teorías unificadoras retributivas» (como teorías mixtas), ROXIN/GRECO, *AT*, 5.ª ed., 2020, 3/33 ss. Según los autores, aquellas teorías originalmente planteaban la prioridad de alguna de las teorías «monistas» (particularmente, el fin retributivo), pero luego admitieron el mismo rango de todas ellas (por lo que todos los fines se situaron en pie de igualdad).

²⁰ Sobre los planteamientos existentes –sobre los que aquí no se puede entrar en detalle–, con más referencias, ROXIN/GRECO, *AT*, 5.ª ed., 2020, 3/36b.

²¹ ROXIN/GRECO, *AT*, 5.ª ed., 2020, 3/36a.

²² GÜNTHER, K., «Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe – Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?», en PRITTWITZ *et al.* (eds.), *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*, 2002, pp. 218 ss.

²³ FEIJÓO SÁNCHEZ, «La estabilización normativa como fin de la pena: ¿puro teatro?», en SILVA SÁNCHEZ *et al.* (eds.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, 2017, p. 312.

²⁴ GRECO, «Steht das Schuldprinzip der Einführung einer Strafbarkeit juristischer Personen entgegen? Zugleich Überlegungen zum Verhältnis von Strafe und Schuld», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2015, p. 510. El autor

persona jurídica– la existencia de propuestas como las de una culpabilidad por el carácter²⁵, en la que el delito cometido por la persona física es su «síntoma»²⁶.

El traslado de cada una de las teorías de la pena que aquí interesan (prevención general negativa, prevención especial, prevención general positiva y retribución) al ámbito de la persona jurídica revela un importante quiebre con respecto a la comprensión usual sobre la «unidad de identidad» entre el destinatario de la norma y el destinatario de la pena: en el caso de la persona jurídica, si esta no puede ser destinataria de la norma²⁷, «¿cómo va la pena a desplegar sobre ella sus fines, sea como sea que estos se conciban, es decir, como retribución y/o como prevención (general y/o especial) de hechos que, por lo demás, no ha cometido ni podrá cometer en el futuro ni ella misma ni otras personas jurídicas?»²⁸. Dicho de otra manera: si la persona jurídica no comete delitos (el art. 31 bis del CP español es claro al respecto: el delito lo comete la persona física), decir que hay una «pena» que se le impone a ella rompe con aquella «unidad de identidad». En última instancia (*infra* 3), una «pena» para la persona jurídica no es posible (porque la persona jurídica es intrínsecamente un «instrumento») ni conveniente (porque la «pena» sin culpabilidad de la persona jurídica puede desplegar un efecto indeseado en la pena de la persona física).

2. Teorías de la pena

2.1. Prevención general negativa

La idea del efecto intimidante de la pena (de su amenaza o su imposición), que tiene un gran arraigo en la conciencia del profano y ha sido especialmente influyente –hasta hoy²⁹– en la doctrina penal, tiene como precursores tanto a BENTHAM³⁰, en el ámbito anglosajón, como a FEUERBACH³¹, en el ámbito germánico. La teoría de la prevención general negativa concentra, precisamente, la idea de que la pena ha de influir sobre la comunidad (lo que explica el nombre de «prevención general»). Esta, «mediante las amenazas de pena y de la ejecución penal»³², es informada sobre los delitos para que sus integrantes no los cometan. Dicho de manera más clara: a los miembros de la comunidad se les intimida, es decir, se les manifiesta el peligro que corren en caso de que cometan los hechos anudados con pena (de ahí la denominación «negativa»³³).

citado se refiere expresamente a los «defensores de las teorías comunicativas». Sin embargo, creo que hay que distinguir entre las teorías expresivas y las teorías comunicativas. Sobre esta distinción, por todos, FEIJÓO SÁNCHEZ, en SILVA SÁNCHEZ *et al.* (eds.), *LH Mir Puig*, 2017, p. 313.

²⁵ MAÑALICH, «La responsabilidad penal de las entidades corporativas. Una defensa filosófica del modelo de la culpabilidad por el carácter», *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Compliance*, (5), 2024, p. 8.

²⁶ MAÑALICH, *REDEPEC*, (5), 2024, p. 8. Sobre este planteamiento, FEIJÓO SÁNCHEZ, «¿Responsabilidad estructural versus responsabilidad por el hecho? Filosofía y responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista Derecho & Sociedad*, (64), 2025, pp. 2 ss.

²⁷ SCHÜNEMANN, «Die aktuelle Forderung eines Verbandsstrafrechts – Ein kriminalpolitischer Zombie», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (1), 2014, p. 2.

²⁸ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *REDEPEC*, (2), 2023, p. 27.

²⁹ Sobre los planteamientos preventivo-generales más importantes en la actual doctrina alemana, con mayor detalle, ROXIN/GRECO, *AT*, 5.ª ed., 2020, 3/25a.

³⁰ BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, 1780, pp. 167 ss.

³¹ FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14.ª ed., 1847, pp. 38 ss.

³² ROXIN/GRECO, *AT*, 5.ª ed., 2020, 3/21.

³³ ROXIN/GRECO, *AT*, 5.ª ed., 2020, 3/25.

Desde la perspectiva de la teoría de la prevención general negativa, se sostiene que el recurso a la intimidación es necesario para proteger bienes jurídicos, protección que no ve a los medios del Derecho civil como suficientes o satisfactorios. En ese sentido, se ha señalado con insistencia que las medidas administrativas (multas, por ejemplo) que tienen como destinataria a la persona jurídica, no han generado el efecto disuasorio esperado³⁴. El argumento esgrimido por los defensores de la punibilidad de la persona jurídica, entonces, sería el siguiente: existe la necesidad de que a la persona jurídica se le impongan «penas» y no simples «sanciones administrativas», pues, sin recurrir al Derecho penal, la reacción estatal dirigida a la persona jurídica no tendría un efecto preventivo general negativo suficiente³⁵. Queda claro que este argumento está condicionado a la admisión de la idea de que una «pena» contra una persona jurídica pueda servir para impedir, en los términos de la prevención general negativa (es decir, mediante la intimidación), que otras personas jurídicas «cometan» delitos³⁶.

Pero la compatibilización de la teoría de la prevención general negativa con la persona jurídica genera, desde el principio, algunas inquietudes. La teoría de la prevención general negativa, que concibe a la pena (su amenaza o su imposición) desde la perspectiva de los efectos intimidatorios que genera, difícilmente puede tener repercusión en la persona jurídica: queda claro que –por carecer de un sistema psíquico– esta no experimenta sensaciones de displacer o de miedo, por lo que la pretensión de la teoría de la prevención general negativa, consistente en intimidar a otros para que no cometan delitos, no podría predicarse en sentido estricto para el ámbito de la persona jurídica³⁷.

Ese problema se ha querido «solucionar» recorriendo, hasta donde puedo entender, dos caminos. En el primero se mantiene una fundamentación psicológica de la teoría de la prevención general negativa, por lo que se ha indicado que mediante la «pena» contra la propia persona jurídica –tanto en su faceta de conminación como de imposición– se provocarían influencias inhibitorias que harían consciente a la persona física –situada «dentro» de la persona jurídica– de que, con la comisión del delito, no solo se pone en peligro a sí misma, sino también a la persona jurídica³⁸. Con ello, la persona física quedaría disuadida para la comisión del delito³⁹. En el segundo, por el contrario, se ha propuesto la idea de que una «pena» a la persona jurídica generaría un efecto compatible con lo que puede entenderse por prevención general negativa, aunque no utilizando una fundamentación psicológica, sino normativa (la «pena» con una «función social-

³⁴ ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2020, pp. 351 ss.

³⁵ Según KUBICIEL, «Verbandsstrafe – Verfassungskonformität und Systemkompatibilität», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, (47-5), 2014, p. 135, «la designación de la sanción como pena puede conducir a una mayor pérdida de reputación y, por tanto, puede desplegar un efecto disuasorio más fuerte que otras formas de reacción».

³⁶ Esta fue la orientación adoptada en el «Proyecto del Gobierno» (*Regierungsentwurf zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft*, de 2020) en Alemania: el pago de una multa por parte de una persona jurídica debía «disuadir» a otras personas jurídicas. Al respecto, con referencias, SCHNEIDER, M. S., *Zu den neuen Möglichkeiten einer Unternehmenssanktionierung zwischen Ordnungswidrigkeitenrecht und Kriminalstrafrecht*, 2023, p. 96.

³⁷ Así, por todos, NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2008, p. 22; SILVA SÁNCHEZ, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español», en EL MISMO (dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, 2013, p. 33. Como señala GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, 2017, p. 115, la carencia de un sistema psíquico por parte de la persona jurídica debe conducir a rechazar la idea de que las «penas» del art. 33.7 del CP cumplen con una «función intimidatoria en sentido estricto». Agrega la autora diciendo: «La ausencia de una dimensión aflictiva de la sanción impide que pueda hablarse de una verdadera *pena* de multa» (cursiva en el original).

³⁸ Al respecto, ACKERMANN, *Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen*, 1984, pp. 18, 197.

³⁹ SILVA SÁNCHEZ, *REDEPEC*, (1), 2023, p. 14.

comunicativa»⁴⁰), es decir, una pena con función de «conducción»: una «pena» a la persona jurídica puede «forzar la tendencia hacia una autorregulación o auto-organización mediante una medida coactiva»⁴¹. Dicho de otra manera: la «pena», tanto en su faceta de conminación como de imposición, conduciría a que los directivos –personas físicas– de la persona jurídica, en virtud de su capacidad de decisión, implementen controles más efectivos o una mejor organización para la prevención de delitos⁴².

Lo señalado por ambos caminos demuestra a primera vista dos cosas. Primero, que, desde la perspectiva de la prevención general negativa, la «pena» para la persona jurídica (como conminación o como imposición) solo puede tener como destinatario a una persona física y no a una persona jurídica⁴³. Por tanto, si bien «no se puede cuestionar seriamente que una pena asociativa (*Verbandsstrafe*) tiene un efecto preventivo general»⁴⁴, lo cierto es que tal efecto no se dirige a la persona jurídica, sino, en realidad, a quienes se encuentran en su interior. Ahora bien, ese efecto intimidatorio no puede dirigirse a cualquier persona física: para evitar «el problema de fondo» que se desprende del recurso a la prevención general negativa, se debe asegurar que la intimidación no recaiga, sobre cualquier persona física que se encuentra «bajo la influencia del espíritu normativo de la persona jurídica»⁴⁵ (que no deciden ni ejecutan nada), sino sobre aquellos que tienen la capacidad de decisión⁴⁶. De esta manera, el efecto preventivo-general recaería sobre las personas físicas que ejercen cargos de control y administración⁴⁷: para que se intimiden (solo ellas pueden experimentar un efecto psicológico derivado de la amenaza) y no cometan delitos (prevención general negativa con fundamento psicológico) o –incluso mejor– para que implementen controles más efectivos y una mejor organización para prevenir que cualquiera dentro de los contornos de la persona jurídica los cometa (prevención general negativa con fundamento normativo).

Ello es reconocido incluso por los propios partidarios del discurso punitivista: una «pena» (su amenaza o su imposición) a la persona jurídica fomentaría que los órganos de dirección – mediante la realización de actos «positivos» orientados a la gestión, control y organización– impidan la comisión de ilícitos dentro del ámbito la persona jurídica⁴⁸. Dicho de otra manera:

⁴⁰ SILVA SÁNCHEZ, en EL MISMO (dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance*, 2013, p. 33.

⁴¹ SILVA SÁNCHEZ, en EL MISMO (dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance*, 2013, p. 33.

⁴² En esa línea, lo indicado por SILVA SÁNCHEZ, *REDEPEC*, (1), 2023, p. 15: «la finalidad de aquella presión intimidatoria –a diferencia de lo que sucede con la pena individual– no es que los dirigentes se abstengan personalmente de la comisión de delitos. Para esto ya están las conminaciones penales que se les dirigen como personas individuales. La pretensión del sistema de responsabilidad corporativa es que *administradores y socios impulsen la adopción y mantenimiento de mecanismos que impidan que la estructura organizativa económica –la organización empresarial– favorezca la comisión de delitos individuales*» (cursiva agregada).

⁴³ Al respecto, SILVA SÁNCHEZ, *REDEPEC*, (1), 2023, p. 15; DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *REDEPEC*, (2), 2023, p. 31.

⁴⁴ EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, 1994, p. 204.

⁴⁵ ACKERMANN, *Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen*, 1984, p. 18.

⁴⁶ Resalta ese «problema de fondo», KUBICIEL, *ZRP*, 2014, p. 135.

⁴⁷ Por todos, MITSCH, *Recht der Ordnungswidrigkeiten*, 2.ª ed., 2005, p. 167; NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2008, p. 23; TIEDEMANN, «Corporate Criminal Liability as a Third Track», en BRODOWSKI et al. (eds.), *Regulating Corporate Criminal Liability*, 2014, p. 14; SILVA SÁNCHEZ, «¿“*Quia peccatum est*” o “*ne peccetur*”? Una modesta llamada de atención al Tribunal Supremo sobre la “pena” corporativa», *InDret*, (1), 2021, p. vi; ALFARO ÁGUILA-REAL, «Personalidad jurídica y penas», *InDret*, (3), 2024, p. 477.

⁴⁸ Así, por todos, NIETO MARTÍN, «Introducción», en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (dirs.), *El Derecho penal económico en la era Compliance*, 2013, p. 14, quien señala: «La imposición de sanciones penales o administrativas

una «pena» (como conminación o como imposición) no busca «intimidar» a las personas jurídicas existentes en la comunidad para que no «cometan» delitos, sino para que, en última instancia, las personas físicas al interior de las personas jurídicas no los cometan, siendo esas personas físicas las destinatarias de esa «intimidación»⁴⁹. Esta aseveración –que es posible encontrar también en la literatura angloamericana⁵⁰– confirma dos asuntos: que son las personas físicas las que cometen delitos –a ellas se les quiere intimidar para que no infrinjan las normas que a ellas se dirigen⁵¹– y que la «pena» a la persona jurídica no es más que una instrumentalización de esta (de la pena) para la intimidación de las personas físicas (con capacidad de decisión) situadas en su estructura organizacional (para que ellas instauren mecanismos organizativos tendentes a evitar que la estructura organizativa favorezca la comisión de delitos –por parte de personas físicas–).

Lo segundo que puede ser destacado a partir de una mirada al segundo de los dos caminos antes indicados –que parece ser el que tiene mayor aceptación en la literatura especializada⁵²– consiste en que los partidarios de la responsabilidad «penal» de la persona jurídica realizan una muy curiosa argumentación: ellos señalan que la amenaza de «pena» tiene un efecto preventivo pues estimula a los órganos de dirección de la persona jurídica (personas físicas) para que, como se dijo, implementen controles más efectivos y una mejor organización de cara a prevenir que cualquiera dentro de los contornos de la persona jurídica los cometa. En otras palabras: la «pena» tendría el efecto de incentivar a los directivos de la persona jurídica a adoptar e implementar un *compliance*⁵³. Más allá de que una mera sustitución de la intimidación o disuasión por una influencia positiva o moral para la prevención de delitos no parece resolver nada⁵⁴, ese planteamiento resulta problemático pues, si la «pena» a la persona jurídica es entendida así, entonces se trata de una «pena» impuesta a la persona jurídica «por decisiones estrictamente individuales»⁵⁵. De cualquier manera, el planteamiento en virtud del cual la «pena» a la persona jurídica pretende incentivar a sus directivos a adoptar e implementar un *compliance* parece

a las personas jurídicas es la forma de motivar a sus directivos a que establezcan mecanismos de debido control eficaces».

⁴⁹ Es importante mencionar, en todo caso, como señala WEIGEND, «Verbandssanktionenrecht mit spezialpräventiver Zielsetzung», en LEHMKUHL/WOHLERS (eds.), *Unternehmensstrafrecht. Materiellrechtliche und prozessuale Aspekte*, 2020, p. 302, que el efecto intimidatorio que la «pena» de la persona jurídica tiene sobre las personas físicas «no se puede cuantificar en modo alguno; en particular, no se puede determinar si la amenaza de penas corporativas supone un incentivo para actuar conforme a la ley que trasciende o supera el que se deriva ya de las consecuencias previstas en el Derecho administrativo económico, así como de la previsible responsabilidad penal individual de las personas implicadas».

⁵⁰ Al respecto, por todos, EDGERTON, «Corporate Criminal Responsibility», *Yale Law Journal*, (36), 1927, p. 835; FISSE, «Reconstructing Corporate Criminal Law: Deterrence, Retribution, Fault, and Sanctions», *Southern California Law Review*, (56), 1983, p. 1160; COFFEE, «Corporate Criminal Liability: An Introduction and Comparative Survey», en ESER/HEINE/HUBER (eds.), *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities. International Colloquium. Berlin, May 4-6, 1998*, 1999, p. 10; HAMDANI/KLEMENT, «Corporate Crime and Deterrence», *Stanford Law Review*, (61), 2008, p. 282.

⁵¹ VAN WEEZEL, *Polít. Crim.*, (5), 2010, p. 126, quien dice: «Si es un hecho que el destinatario de la sanción “corporativa” es la persona natural, ¿tendrá sentido insistir en que el infractor es la persona jurídica?». Y si a la persona jurídica se le impone una «pena» cuando ella no ha infringido norma alguna, se verifica, según FEIJÓO SÁNCHEZ, «La función de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal español», *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Compliance*, (1), 2023, p. 3, «un supuesto ilegítimo de heteroresponsabilidad».

⁵² Al respecto, por todos, SILVA SÁNCHEZ, *REDEPEC*, (1), 2023, p. 15.

⁵³ FISSE, *Southern California L. Rev.*, (56), 1983, p. 1161.

⁵⁴ FEIJÓO SÁNCHEZ, *REDEPEC*, (1), 2023, p. 4.

⁵⁵ FEIJÓO SÁNCHEZ, *REDEPEC*, (1), 2023, p. 3, quien, precisamente por eso, dice que «No queda de esta manera justificado el mal que sufre la persona jurídica».

sugerir que este «incrementa también el efecto preventivo de la pena»⁵⁶. Sin embargo, dudo que esto sea así: no solo porque esto supone un enfrentamiento con la difundida comprensión del *compliance* como *soft law* (su incumplimiento no acarrea ninguna sanción⁵⁷), sino también porque el *compliance*, más bien, ayuda a la identificación de la persona física y a la elevación de las posibilidades de que esta sea aprehendida y enjuiciada. Es decir, ayuda al fortalecimiento del efecto preventivo (frente a la persona física) que posee un sistema de administración de justicia eficaz (y no la pena –su amenaza o su imposición–)⁵⁸.

Otro de los asuntos que caracteriza al planteamiento de la prevención general negativa es el referido al «modelo» de persona que parece proponer: un sujeto que calcula racionalmente⁵⁹. Pues bien, si aquel planteamiento ha establecido que el autor en el Derecho penal económico es el arquetipo del *homo oeconomicus*⁶⁰, la persona jurídica respondería a la imagen de una *societatis oeconomica*: calcula si vale la pena la comisión del delito, siempre que los posibles inconvenientes no superen las ventajas⁶¹. La persona jurídica, por tanto –como sucede con la persona física–, también puede ser caracterizada desde la perspectiva del delincuente racionalmente calculador⁶². Esto quiere decir que la prevención parece situarse en primer plano a partir de la racionalidad económica⁶³. Aquel «cálculo», por lo demás, se produce por una serie de «procesos internos» (*rectius*: de un cúmulo de decisiones previas tomadas internamente por personas físicas, tras sopesar estas los costes y beneficios en interés de la persona jurídica) de los que, a su vez, se deriva «una decisión atribuible a la asociación»⁶⁴. Dado que las personas físicas son intimidables, entonces las personas jurídicas también lo son⁶⁵, pues aquellas «llevan a cabo las acciones decisivas relacionadas con la asociación [y] actúan de forma calculada en interés de la asociación»⁶⁶. En definitiva: las personas físicas (particularmente aquellas encargadas de la toma de decisiones) decidirían actuar de manera consciente conforme a Derecho –como

⁵⁶ SILVA SÁNCHEZ, *REDEPEC*, (1), 2023, p. 12.

⁵⁷ De hecho, TIEDEMANN, «El Derecho comparado en el desarrollo del Derecho penal económico», en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (dirs.), *El Derecho penal económico en la era Compliance*, 2013, pp. 37, ha señalado que ese es su «carencia principal».

⁵⁸ Sobre la discusión si es la amenaza de pena la que desempeña un efecto intimidatorio (para la colectividad de personas físicas) o si realmente es la eficacia de la administración de justicia penal la que lo tiene, ALPACA-PÉREZ, «Sobre la imposición de la pena como retribución», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (22-21), 2020, pp. 7 ss.

⁵⁹ Al respecto, por todos, MENTOVICH/CERF, «A Psychological Perspective on Punishing Corporate Entities», en BRODOWSKI *et al.* (eds.), *Regulating Corporate Criminal Liability*, 2014, p. 36. También GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, 2017, pp. 113 ss.

⁶⁰ Por todos, EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, 1994, p. 204.

⁶¹ WEISSMANN/NEWMAN, «Rethinking Criminal Corporate Liability», *Indiana Law Journal*, (82), 2007, p. 428.

⁶² WOHLERS, «Strafzwecke und Sanktionsarten in einem Unternehmensstrafrecht», en KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK (eds.), *Unternehmensstrafrecht*, 2012, p. 242. En la doctrina española, FARALDO CABANA, «Capítulo 7: Las penas», en JUANES PECES (dir.), *Memento Experto. Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, 2015, p. 121, incluso califica a las personas jurídicas como «delincuentes racionales por excelencia».

⁶³ VOGEL, «Unrecht und Schuld in einem Unternehmensstrafrecht», en KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK (eds.), *Unternehmensstrafrecht*, 2012, p. 209, quien seguidamente dice: «las penas son costes para la persona jurídica, y es económicamente racional invertir en un *Compliance-Management* para evitarlas».

⁶⁴ KOHLHOF, *Die Legitimation einer originären Verbandsstrafe. Eine straftheoretische Untersuchung*, 2019, p. 65.

⁶⁵ ACKERMANN, *Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen*, 1984, pp. 196 ss.; EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, 1994, p. 204; DANNECKER, «Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände. Überlegungen zu den Anforderungen und zur Ausgestaltung eines Verbandsstrafrechts», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2001, p. 114; BERTOSSA, *Unternehmensstrafrecht – Strafprozess und Sanktionen*, 2003, pp. 61 ss.; KINDLER, *Das Unternehmen als haftender Täter*, 2007, p. 292.

⁶⁶ KOHLHOF, *Die Legitimation einer originären Verbandsstrafe*, 2019, p. 65.

consecuencia del efecto intimidatorio que se desprende de la «pena» para la persona jurídica⁶⁷— «para evitar una intromisión estatal negativa en detrimento de [ella]»⁶⁸.

Si se considera, entonces, que las personas jurídicas responden al paradigma del delincuente calculador racional, solo puede tener sentido que ellas (a través de sus respectivos órganos de dirección) se aseguren de que las personas físicas situadas en su estructura no cometan delitos si es que la reacción contra ellas (la «pena») alcanza una gravedad tal que haga imposible clasificar tales delitos como un «coste molesto» que pueda ser cargado a la «caja chica»⁶⁹. Dicho de otra manera: mientras el coste del delito cometido por la persona física aún «trae cuenta» (esto es: está dentro de lo que se puede asumir, siendo ello incluso ventajoso para la persona jurídica), entonces no habría motivo alguno para evitar ese delito⁷⁰. Una sanción que se percibe como una especie de «impuesto», esto es, como un «costo por hacer negocios [...] similar a cualquier otro costo de producción»⁷¹ no puede ser «especialmente intimidatoria»⁷². Si a esto se agrega el hecho de que el coste del delito (esto es, la cuantía de la «pena» de multa) puede ser objeto de cobertura por un seguro, se entiende la aparición de un justificado escepticismo con respecto a la viabilidad de una «pena» de multa⁷³ (paradójicamente, la reacción estatal más significativa en un pretendido «Derecho penal de la persona jurídica» y de imposición obligatoria en el vigente Derecho penal español⁷⁴).

Desde la teoría económica se dice que si el costo esperado del castigo supera la ganancia esperada, el delincuente quedará disuadido de cometer el delito. El costo esperado del castigo, sin embargo, está condicionado a la posibilidad de descubrimiento del delito. Esto conduce, en última instancia, a lo que COFFEE ha llamado la «trampa de la disuasión» («*deterrence trap*»): la capacidad de pago se convierte en una «barrera» para la disuasión si es que el costo de punición esperado (la cuantía de la multa, por ejemplo), necesario para disuadir, supera, precisamente, tal capacidad de pago⁷⁵. Y esto es particularmente importante si es que, como sucede en los delitos económicos, la tasa de descubrimiento de delitos es generalmente muy baja⁷⁶. En adición a lo expuesto, la idea de que una «pena» contundente dirigida a la persona jurídica la «disuade» de

⁶⁷ ACKERMANN, *Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen*, 1984, pp. 197 ss.

⁶⁸ KOHLHOF, *Die Legitimation einer originären Verbandsstrafe*, 2019, p. 65.

⁶⁹ WOHLERS, en KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK (eds.), *Unternehmensstrafrecht*, 2012, p. 242.

⁷⁰ MENTOVICH/CERF, en BRODOWSKI *et al.* (eds.), *Regulating Corporate Criminal Liability*, 2014, 36.

⁷¹ LARKIN/SEIBLER, «All Stick and No Carrot: The Yates Memorandum and Corporate Criminal Liability», *Stanford Law Review*, (46), 2016, p. 15.

⁷² VOLK, «Zur Bestrafung der Unternehmen», *Juristenzeitung*, 1993, p. 434.

⁷³ Al respecto, las consideraciones que ofrece BERTOSSA, *Unternehmensstrafrecht*, 2003, pp. 225 ss.

⁷⁴ GIL NOBAJAS, «Consideraciones en torno a la imposición y determinación de penas interdictivas a personas jurídicas», en LANDA GOROSTIZA *et al.* (coords.), *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma de 2015*, 2017, p. 290.

⁷⁵ COFFEE, «“No Soul to Damn: No Body to Kick”: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment», *Michigan Law Review*, (386), 1981, p. 390, ofrece el siguiente ejemplo: «si una corporación que tiene 10 millones de dólares en su acervo patrimonial se enfrenta a la oportunidad de ganar un millón de dólares mediante la realización de un delito, tal conducta no podría ser lógicamente disuadida por sanciones pecuniarias dirigidas a la corporación si el riesgo de descubrimiento está por debajo de 10%. Esto es, si la posibilidad de descubrimiento (*risk of apprehension*) fuera 8%, la pena necesaria tendría que ser 12.5 millones de dólares (esto es, 1 millón por 12.5, el correspondiente a 8%). Pero tal multa excede la capacidad de pago de la corporación. En pocas palabras, nuestra habilidad de determinar a la corporación puede ser confundida por nuestra inhabilidad de establecer un costo de pena adecuada que no exceda los recursos de la corporación». Sobre la «*deterrence trap*», también, FARALDO CABANA, en JUANES PECES (dir.), *Memento Experto. Responsabilidad penal*, 2015, p. 121.

⁷⁶ COFFEE, *Michigan L. Rev.*, (386), 1981, p. 390.

«cometer» delitos no es fácilmente admisible. Más allá de que no existe evidencia empírica suficiente que permita sostener ese planteamiento, la cuestión es, en realidad, más compleja: no es posible pensar que una persona jurídica está más «disuadida» por una multa de tres millones de euros que por una multa de cien mil euros pues ni una ni otra «disuade» cuando ambas cuantías están fuera de la capacidad de pago de la persona jurídica, la cual es un «límite absoluto al alcance de la amenaza disuasoria que a ella se dirige»⁷⁷. En el caso de la persona física, se podría decir que el no pago de la multa impuesta, al suponer una posible privación de libertad (art. 53 del CP español), aún tiene un efecto preventivo⁷⁸. Pero ello no se puede predicar en el caso de la persona jurídica⁷⁹.

Por otro lado, la propuesta de comprensión de la «pena» a la persona jurídica desde la perspectiva de la teoría de la prevención general negativa conduce necesariamente a abordar una de sus principales críticas: la posibilidad de arribar a un «terror estatal» mediante la pena⁸⁰. En efecto, si se quisiera que una pena dirigida a la persona jurídica tuviera un carácter realmente intimidatorio, se podría pensar en que esa pena tendría que ser lo suficientemente alta o contundente de tal manera que pueda tener un impacto sensible en sus balances y solo así se pueda afirmar un efecto intimidatorio (para la persona jurídica)⁸¹. Piénsese, por ejemplo, en una «pena» consistente en la disolución de la persona jurídica o en una multa tan severa que materialmente imposibilite a la persona jurídica la recuperación de la solvencia después de su pago o la deje en una situación de incapacidad material de proseguir con sus actividades. El peligro de que la persona jurídica deje de existir, entonces, podría ser –como se ha admitido en la doctrina de los Estados Unidos⁸²– la más evidente expresión de una pena sostenida en la prevención general negativa. Después de todo, ¿Qué puede ser más disuasorio para una persona jurídica (*rectius*: para las personas físicas situadas en su interior y que la dirigen) que la propia posibilidad de desaparecer?⁸³

Sin embargo, una persona jurídica difícilmente puede soportar su vinculación con un delito: el peligro para su propia existencia es verificable ya desde el propio inicio de un proceso penal en el que ella, incluso, podría en última instancia no formar parte⁸⁴. Esto ya genera muchos

⁷⁷ COFFEE, *Michigan L. Rev.*, (386), 1981, p. 390.

⁷⁸ De hecho, que el incumplimiento del pago de la multa pueda suponer la aparición de una privación de libertad es lo que permite hablar de una (genuina) pena de multa, que afecta derechos innatos. Al respecto, GRECO, *GA*, 2015, p. 513.

⁷⁹ Para la que, en el ordenamiento jurídico español, no está prevista la responsabilidad por el delito de quebrantamiento de condena (arts. 468 a 471 del CP).

⁸⁰ ROXIN/GRECO, *AT*, 5.ª ed., 2020, 3/32.

⁸¹ HIRSCH, H.-J., «La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas», *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (46-3), 1993, p. 1113, sobre el asunto, señala: «Como puede observarse en el Derecho de las contravenciones, si se impone una multa millonaria contra una sociedad anónima por un delito económico, entonces, las demás empresas pensarán bien si quieren correr tal riesgo de sanción».

⁸² Al respecto, por todos, LINZEY, «Awakening a Sleeping Giant: Creating a Quasi-Private Cause of Action for Revoking Corporate Charters in Response to Environmental Violations», *Pace Environmental Law Review*, (13), 1995, p. 221.

⁸³ HAMDANI/KLEMENT, *Stanford L. Rev.*, (61), 2008, p. 278.

⁸⁴ Al respecto, BUCY, «Organizational Sentencing Guidelines: The Cart Before The Horse», *Washington University Law Quarterly*, (71), 1993, pp. 352 ss., quien señala: «Además de las consecuencias colaterales, la persona jurídica condenada puede enfrentar una publicidad adversa. En algunas ocasiones solo la publicidad adversa puede provocar una devastación corporativa, como cuando los ahorristas acuden en masa a retirar sus depósitos de una institución financiera condenada o incluso procesada». También, ANDERSON/WAGGONER, *The Changing Role of Criminal Law in Controlling Corporate Behavior*, 2014, p. 19, quienes dicen lo siguiente: «La idea de que la

problemas: primero, si es que la vinculación de la persona jurídica con un delito ya es una «herida de muerte» para ella, entonces no hay incentivo alguno para que los directivos implementen medidas preventivas de delitos o medidas internas (despido o multas) contra la persona física involucrada en el delito⁸⁵ (pues si la persona jurídica de todas maneras va a «morir», ¿para qué gastar recursos en un *compliance* –que, además, le concede pocos beneficios–?); segundo, si después de quedar involucrada con un delito, la persona jurídica está «herida de muerte» y no le queda más que la futura disolución o modificación de identidad (pues su reputación ya ha quedado gravemente afectada), entonces, hasta que eso suceda, las personas físicas en su interior no tendrán incentivos para no cometer otros delitos hasta que la persona jurídica «muera» o se «transfigure» en otra.

De cualquier manera, el efecto intimidatorio no necesariamente debe estar asociado con una «pena» con la contundencia antes mencionada. Así, es posible reconocer otras reacciones que pueden conmover a la persona jurídica como, por ejemplo, el denominado «efecto picota» («*Prangerwirkung*») que se produce con la publicación de la correspondiente sentencia⁸⁶ o la exclusión del ámbito de sujetos que pueden llevar a cabo contrataciones públicas con el Estado⁸⁷. En todo caso, se reconoce también en la doctrina que, en el caso de la persona jurídica, es suficiente la «probabilidad de sanción» y «no solo la cuantía de la amenaza abstracta de sanción o la cuantía de la sanción concreta»⁸⁸. Que ello sea suficiente para lograr un efecto intimidatorio se explica en la tenue identidad de la persona jurídica⁸⁹.

En definitiva, la teoría de la prevención general negativa no permite explicar la (amenaza o la imposición de la) «pena» para la persona jurídica. La formulación más plausible sobre el asunto en el marco del discurso punitivista (la teoría de la prevención general negativa con fundamento normativo) deja claro que, en última instancia, es la persona física a quien se dirige la «intimidación»: sobre ella ha de recaer (e, incluso, incrementar) la coacción psicológica⁹⁰. Las célebres críticas a la teoría de la prevención general negativa (la referida al «modelo» de persona a quien se dirige la intimidación y la relacionada al «terror estatal»), formuladas en el marco de la discusión sobre la legitimación de la pena de la persona física (y que demuestran su inadecuación como teoría de la pena⁹¹), no se resuelven al trasladar esa teoría al ámbito de la «pena» de la persona jurídica, sino que permiten la aparición de nuevos problemas.

2.2. Prevención especial

La teoría de la prevención especial, «recuperada» en el ámbito alemán⁹², entre otros, por VON LISZT y la «Escuela sociológica del Derecho penal» en el marco de su oposición con la teoría de la retribución a finales del siglo XIX⁹³, es, al igual que la teoría de la prevención general, una teoría

corporación por sí misma puede tener un interés y un prestigio independientes en el resultado de un procedimiento contra un individuo no es un argumento que se esgrima con frecuencia hoy en día».

⁸⁵ HAMDANI/KLEMENT, *Stanford L. Rev.*, (61), 2008, p. 291.

⁸⁶ DANNECKER, GA, 2001, pp. 126 ss.

⁸⁷ WOHLERS, en KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK (eds.), *Unternehmensstrafrecht*, 2012, p. 243.

⁸⁸ WOHLERS en KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK (eds.), *Unternehmensstrafrecht*, 2012, p. 243.

⁸⁹ VAN WEEZEL, *Polít. Crim.*, (5), 2010, p. 125.

⁹⁰ SILVA SÁNCHEZ, *REDEPEC*, (1), 2023, p. 13.

⁹¹ Al respecto, ALPACA-PÉREZ, *RECPC*, (22-21), 2020, pp. 12 ss.

⁹² STRATENWERTH, *¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena?*, 1996, p. 9.

⁹³ VON LISZT, «Der Zweckgedanke im Strafrecht», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (3), 1883, pp. 1 ss.

relativa, pues se refiere también a la prevención del delito⁹⁴. Sin embargo, su atención se concentra no en la comunidad, sino en el concreto delincuente que ha cometido un delito (por eso la denominación de «especial»), de tal manera que no lo vuelva a cometer en el futuro (esto explica su perspectiva exclusivamente prospectiva). Para lograr esto, propone la aplicación de mecanismos que permitan rehabilitar al delincuente (de ahí la denominación de «positiva») o que persigan su neutralización o expulsión (lo que justifica su calificación como «negativa»). En lo que respecta a la «pena» de la persona jurídica, usualmente se ha recurrido a la prevención especial positiva para su legitimación, pues se ha considerado que, a través de ella, se podrían producir reformas estructurales en su organización⁹⁵.

En Alemania (en el marco de las reformas posteriores a la Segunda Guerra Mundial), el recurso a la prevención especial positiva se tomó en consideración cuando se discutió sobre la posibilidad de imponer medidas de seguridad a la persona jurídica⁹⁶. Es decir, la posibilidad de admitir la prevención especial apareció solo como consecuencia de la imposibilidad de poder acudir a la pena para reaccionar frente a la persona jurídica. Dado que a esta no se le puede imponer una pena, sí sería viable el recurso a la medida de seguridad pues esta parece «escapar» de las tradicionales objeciones que recaen sobre aquella: «las medidas de seguridad no presuponen culpabilidad, no contienen –por lo menos teóricamente– un reproche moral y pueden limitarse a ser adecuadas sin pretender más»⁹⁷. Pese a lo atractivo del planteamiento –que, por lo demás, contaba con importantes defensores en la doctrina alemana de la época⁹⁸–, ese fue en última instancia dejado de lado pues se estimó indispensable la satisfacción de necesidades preventivo-generales⁹⁹.

De cualquier manera, en la doctrina alemana se reconoce el efecto preventivo especial positivo que puede generar la «pena» a la persona jurídica: dado que a esta le interesa reparar el daño reputacional originado en la declaración judicial que la vincula con un delito, podría empeñarse en reforzar los controles internos en el marco de su estructura organizacional para evitar que aquel se repita¹⁰⁰. Por otro lado, también se ha dicho que la «pena» a la persona jurídica tendría

⁹⁴ ROXIN/GRECO, *AT*, 5.ª ed., 2020, 3/11.

⁹⁵ SCHWINGE, *Strafrechtliche Sanktionen gegenüber Unternehmen im Bereich des Umweltstrafrechts*, 1996, pp. 216 ss. Por su parte, GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, 2017, p. 111, señala que tanto en ordenamientos donde se castiga con «pena» a las personas jurídicas (Estados Unidos) como en los que no (Alemania, Italia), «el fin buscado es la prevención [...] en concreto, la prevención especial positiva».

⁹⁶ Con más detalles, SCHMITT, R., *Strafrechtliche Massnahmen gegen Verbände. Gleichzeitig ein Beitrag zur Lehre von den strafrechtlichen Unrechtsfolgen*, 1958, pp. 127 ss.

⁹⁷ STRATENWERTH, «Strafrechtliche Unternehmenshaftung?», en GEPPERT/BOHNERT/RENGIER (eds.), *Festschrift für Rudolf Schmitt zum 70. Geburtstag*, 1992, p. 303. Ese argumento parece haber sido adoptado en Austria y Suiza (que tienen una tradición jurídica común con Alemania) para instaurar en su legislación penal una responsabilidad «penal» de la persona jurídica. Al respecto, PIETH, «Braucht Deutschland ein Unternehmensstrafrecht?», *Kritische Justiz*, (47), 2014, p. 277.

⁹⁸ Con referencias, SCHMITT, R., *Strafrechtliche Massnahmen gegen Verbände*, 1958, p. 127, quien alude a EXNER (1914), HAFTER (1926), VON HIPPEL (1930), JESCHECK (1953, 1955) y BRUNS (1954) como defensores de la posibilidad de aplicar medidas de seguridad a la persona jurídica.

⁹⁹ En el marco del 40. *Deutsche Juristentag* (1953), esa fue la opinión, por ejemplo, de WEBER y DE LANGE. Luego, en el marco de la «Gran Comisión de Derecho penal» (1954), ese planteamiento fue respaldado por MEZGER y BOCKLEMANN. Al respecto, SCHMITT, R., *Strafrechtliche Massnahmen gegen Verbände*, 1958, p. 128.

¹⁰⁰ Al respecto, por todos, ACKERMANN, *Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen*, 1984, pp. 197 ss.; HIRSCH, H.-J., *ADPCP*, (46-3), 1993, p. 1113; DANNECKER, *GAt*, 2001, p. 114; BERTOSSA, *Unternehmensstrafrecht*, 2003, pp. 63 ss.; KINDLER, *Das Unternehmen als haftender Täter*, 2007, p. 289. Esta fue la perspectiva asumida en el «Proyecto de Colonia» (*Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes*, de 2017), donde se dice que con la pena se pretende instar a la persona jurídica a convertirse en un «buen ciudadano corporativo» («*Good Corporate Citizen*»). También se identifica una pretensión preventivo-especial positiva en el

un efecto indirecto sobre las personas físicas situadas en la estructura organizacional de aquella, consistente en contrarrestar la posibilidad de excusar o consentir la comisión de delitos, lo que frecuentemente se hace con la alegación de que tales hechos son cometidos en interés o en beneficio de la persona jurídica¹⁰¹. Que la «pena» para la persona jurídica puede constituir un refuerzo contra la existencia de un eventual «espíritu criminal empresarial»¹⁰² constituye un argumento para sostener que «también en la persona jurídica se puede alcanzar una especie de efecto regenerador (*Besserungswirkung*)»¹⁰³. Finalmente, se ha indicado –aparentemente, desde la perspectiva de la prevención especial negativa– que, así como con la pena que se impone a la persona física (entendida como sujeto peligroso) se protege a la comunidad, lo mismo se podría afirmar con respecto a la «pena» que se impone a la persona jurídica. Esto sucedería con las «penas» de cierre empresarial (*Betriebsstilllegung*) o de disolución (*Auflösung*)¹⁰⁴.

En la doctrina angloamericana la prevención especial positiva parece ser la fundamentación teórica con mayor calado¹⁰⁵. En ese sentido, la llamada «*corporate criminal liability*», se dice, permite pensar en la posibilidad de «mejora» de la persona jurídica¹⁰⁶, en el sentido de que todos aquellos que se encuentran en la situación de influir en su destino (las personas físicas), se pueden esforzar por evitar la futura comisión de delitos. Conforme a esto, se suele decir que la «pena» que se impone a la persona jurídica tiene sentido solo desde una perspectiva prospectiva¹⁰⁷, pues «el objetivo de la persecución penal es la rehabilitación de la organización para cambiar su cultura corporativa, de tal manera que pueda prevenir de manera más efectiva futuras infracciones»¹⁰⁸. La «pena» que se impone a la persona jurídica, por tanto, se comprende como un «instrumento para la reforma corporativa y no solamente como un mero medio para exigir una forma de retribución sin sentido»¹⁰⁹.

«Proyecto del Gobierno» (*Regierungsentwurf zur Stärkung der Integrität in der Wirtschaft*, de 2020), al atender a los esfuerzos de adopción e implementación de un *compliance* en el marco de la persona jurídica. Al respecto con detalle, SCHNEIDER, M. S., *Zu den neuen Möglichkeiten einer Unternehmenssanktionierung zwischen Ordnungswidrigkeitenrecht und Kriminalstrafrecht*, 2023, pp. 71, 96.

¹⁰¹ KINDLER, *Das Unternehmen als haftender Täter*, 2007, p. 289.

¹⁰² ACKERMANN, *Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen*, 1984, p. 198.

¹⁰³ ACKERMANN, *Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen*, 1984, p. 198.

¹⁰⁴ EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, 1994, p. 205.

¹⁰⁵ GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, 2017, p. 104.

¹⁰⁶ Al respecto, FISSE/BRAITHWAITE, *Corporations, Crime and Accountability*, 1993, p. 223, quienes indican en su estudio que, después de la condena a una persona jurídica, esta suele llevar a cabo reformas internas significativas para minimizar la probabilidad de nuevos delitos en el futuro. Entre las medidas que se asumieron se pueden verificar las siguientes: la imposición de medidas disciplinarias a las personas físicas implicadas, el establecimiento de nuevas «Políticas de empresa» («*Company policies*»), la creación de un sistema de control más eficaz, la instauración de un mejor flujo de información a la dirección de la persona jurídica y la creación de un «clima de control».

¹⁰⁷ HENNING, «Corporate Criminal Liability and the Potential for Rehabilitation», *American Criminal Law Review*, (46), 2009, p. 1428. Incluso más adelante este autor señala: «El objetivo [...] debería ser adaptar la pena a la reparación (*remediation*) de cualquier daño y reformar a la persona jurídica, de tal manera que la retribución no desempeñe ningún papel al momento de determinar la sanción penal apropiada».

¹⁰⁸ HENNING, «Should The Perception of Corporate Punishment Matter?», *Journal of Law and Policy*, (19), 2010, p. 87. En una contribución anterior, HENNING, *American Criminal L. Rev.*, (46), 2009, p. 1428, este autor sostuvo que, a diferencia de lo que podría suceder con una persona física, en el caso de la persona jurídica una «rehabilitación» es más clara: «los pasos que toma una organización para implementar reformas son mucho más transparentes y verificables».

¹⁰⁹ HENNING, *Journal of Law and Policy*, (19), 2010, p. 88. En la doctrina española, FARALDO CABANA, en JUANES PECES (dir.), *Responsabilidad penal*, 2015, p. 158, ha dicho que la prevención especial se concretaría, por ejemplo, en «incentivar a la persona jurídica a adoptar medidas preventivas, en fin, a resocializarse».

El resultado de lo indicado podría ser, entonces, el siguiente: en lugar de una «pena» de multa (que reflejaría un pensamiento retributivo¹¹⁰), la persona jurídica –de cara a la reforma de su estructura organizativa– podría quedar sujeta, por ejemplo, a una «pena» consistente en la implementación de un programa de cumplimiento, o, en caso de tener ya uno –pese a lo cual se cometió el delito–, la «pena» a la persona jurídica estaría orientada a incrementar el control interno, modificando la llamada «cultura corporativa» de cara a la evitación de nuevos delitos en el futuro. Asimismo, el recurso a los *Deferred Prosecution Agreements* (DPA) o a los *Non-Prosecution Agreements* (NPA) para la resolución de investigaciones penales a personas jurídicas, se dice, resalta el enfoque rehabilitador de la organización como el objetivo más apropiado de la aplicación del Derecho penal a las personas jurídicas (el objetivo de tales acuerdos es prevenir futuros delitos)¹¹¹. Queda claro entonces que, desde la perspectiva expuesta, tanto la «pena» como la propia persecución penal «favorecen la rehabilitación de la persona jurídica»¹¹².

Lo acabado de indicar sobre la prevención especial positiva permite la aparición de dos importantes inquietudes. La primera tiene que ver con la «pena» de multa. Parece difícil conciliar a la multa (la reacción estatal más importante contra la persona jurídica) con las bases teóricas de la prevención especial positiva¹¹³: se ha dicho al respecto no solo que la multa «solo con mucha imaginación puede verse como una medida que potenciará el retorno de la empresa a la comunidad jurídica»¹¹⁴, sino también que, de entre todos los instrumentos disponibles para una mejora de la organización dispuesta desde el exterior, la multa es «la menos interesante»¹¹⁵. Si con la multa se quisiera satisfacer una finalidad preventivo-especial, aquella tendría que ser una especialmente intensa, desde una perspectiva tanto pecuniaria como reputacional. En ese sentido, se ha dicho que, para cumplir con la finalidad de la prevención especial positiva, la multa tendría que ser «suficientemente cruel»¹¹⁶.

En efecto, solo una multa de una muy elevada cuantía podría hacer que los integrantes del órgano de dirección de la persona jurídica, para no arriesgarse a volver a pasar por lo mismo en el futuro –esto es, volver a pagar una multa tan elevada–, se decidan a implementar los controles internos o a reforzar los ya existentes, por ejemplo, mediante una mejor selección de aquellos que actúan en nombre de la persona jurídica, mediante el establecimiento de directrices de conducta y mediante la garantía de un «clima empresarial» en el que los delitos cometidos por los directivos no encuentren un «caldo de cultivo»¹¹⁷. Asimismo, solo una multa especialmente aflictiva para la reputación de la persona jurídica podría hacer que los integrantes de su órgano de dirección, para no arriesgarse a volver a pasar por lo mismo en el futuro –esto es, volver a enfrentarse a una

¹¹⁰ HENNING, *American Criminal L. Rev.*, (46), 2009, p. 1428. Con esto HENNING no quiere decir que a la persona jurídica no se le pueda imponer una multa. Lo que plantea es que, si se le impone una multa, su determinación tome en cuenta primordialmente «la remediación de cualquier daño y la reforma de la corporación», de tal manera que «la retribución no desempeñe rol alguno» en esa tarea.

¹¹¹ HENNING, *American Criminal L. Rev.*, (46), 2009, p. 1420.

¹¹² Por tanto, dice HENNING, *Journal of Law and Policy*, (19), 2010, p. 87, «la noción de reforma, más que las sanciones retrospectivas, se convierte en el medio para evaluar si el Derecho penal debería ser utilizado contra la organización».

¹¹³ FEIJÓO SÁNCHEZ, *REDEPEC*, (1), 2023, p. 6, le atribuye a la multa una finalidad «preventivo-general» o «al menos, una finalidad coactiva diferente a la prevención especial».

¹¹⁴ SILVA SÁNCHEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO, «El art. 31.2 del Código Penal. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la pena de multa?», *InDret*, (2), 2006, p. 15.

¹¹⁵ WEIGEND, en LEHMKUHL/WOHLERS (eds.), *Unternehmensstrafrecht*, 2020, p. 305.

¹¹⁶ WOHLERS, en KEMPF/LÜDERSEN/VOLK (eds.), *Unternehmensstrafrecht*, 2012, p. 244.

¹¹⁷ EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, 1994, p. 205.

multa que represente un daño reputacional–, decidan suprimir las causas que condujeron al delito (por ejemplo, reorganizando las áreas empresariales criminógenas), así como adoptar e implementar programas de *compliance*.

Sin embargo, paradójicamente, una «pena» de multa de muy elevada cuantía o especialmente aflictiva difícilmente puede alcanzar el antes indicado «efecto regenerador» o la llamada «reforma corporativa»: no solo porque el patrimonio social de la persona jurídica se destina al pago de la multa y no –como debería ser desde una perspectiva preventivo-especial positiva– a la instauración de controles internos dentro de los márgenes de la organización (asunto que, por lo demás, es bastante costoso), sino también porque una persona jurídica intensamente afectada tanto en su capacidad económica como en su prestigio, difícilmente pueda seguir existiendo. Así como es posible pensar que una persona jurídica «penada» se abstendrá «aún más que lo que ocurre con las [personas físicas] de volver a entrar en conflictos con la ley respectiva»¹¹⁸ (en esto radicaría, precisamente, el efecto preventivo especial positivo de la «pena» impuesta), también es imaginable que la persona jurídica «penada», descapitalizada por haber pagado una multa de elevada cuantía, desaparezca. Y frente a una entidad materialmente «liquidada» –o camino a serlo– cualquier finalidad legitimadora de la «pena» –más aún la prevención especial positiva– es «en gran medida inalcanzable»¹¹⁹. Una «pena» de multa de elevada cuantía puede ser materialmente equiparable a una «pena» de disolución (explicable únicamente desde la perspectiva de la prevención especial negativa).

La segunda cuestión consiste en que la adopción de la prevención especial positiva como fin de la «pena» que se impone a la persona jurídica parece ser problemática no solo con la multa como principal reacción estatal contra ella (en España, de hecho, como ya se dijo, su imposición es obligatoria), sino también con la mayoría de las otras medidas (de imposición facultativa en España¹²⁰). En ese sentido, se tendría que excluir como «penas» para la persona jurídica –si se quisiera legitimarlas en la prevención especial positiva–, por ejemplo, a la prohibición definitiva de actividades futuras o a la disolución (previstas en el art. 33.7 del CP español)¹²¹. Estas, que buscan «inocuar» o «neutralizar», se entienden, como se ha indicado, solo desde la perspectiva de la prevención especial negativa¹²². Con todo, esta tampoco podría erigirse como teoría de la «pena» pues no explica todas las «penas» para la persona jurídica, sino solo las de imposición facultativa (y no la «pena» de multa –salvo una de elevada cuantía, en la que el efecto preventivo especial negativo, consistente en la desaparición de la persona jurídica, podría aparecer, paradójicamente, como un efecto no deseado–). Y si tales «penas» –las de imposición facultativa– están orientadas a la neutralización de la peligrosidad instrumental u organizativa de la persona jurídica, no solo pierden su identidad material como «penas» (pues se confunden

¹¹⁸ HIRSCH, H.-J., *ADPCP*, (46-3), 1993, p. 1113.

¹¹⁹ DROPE, *Strafprozessuale Probleme bei der Einführung einer Verbandsstrafe*, 2002, p. 347.

¹²⁰ ROCA DE AGAPITO, «Sanciones penales a entes colectivos», en EL MISMO (dir.), *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3.ª ed., 2024, p. 251.

¹²¹ Esta aseveración queda clara en el «Proyecto de Colonia» (*Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes*, de 2017), en la que, en virtud de la perspectiva preventivo-especial (positiva) asumida, se renunció a «sanciones» como la disolución, la publicación de la condena, la exclusión de subvenciones para la asociación y de adjudicación para contratos públicos. En ese proyecto solo la multa estaba prevista como «sanción». Al respecto, con detalle, SCHNEIDER, *Zu den neuen Möglichkeiten einer Unternehmenssanktionierung zwischen Ordnungswidrigkeitenrecht und Kriminalstrafrecht*, 2023, p. 84.

¹²² De hecho, GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, 2017, p. 124, señala que «La mayor parte de las medidas del art. 33.7 responden a criterios de inocuización». Por su parte, SILVA SÁNCHEZ, *REDEPEC*, (1), 2023, p. 17, se refiere a la clausura de establecimientos, la privación de la posibilidad de contratación pública y la disolución como manifestaciones de una «inocuización».

con las consecuencias accesorias¹²³), sino que revelan que la razón de su imposición radica en la evitación de que la persona física acuda a la estructura organizativa de la persona jurídica para continuar con futuras actividades delictivas.

De cualquier manera, un asunto especialmente problemático radica en la absoluta difuminación de los contornos de la prevención especial positiva como finalidad de la «pena» dirigida a la persona física. En efecto, la reacción estatal contra la persona jurídica, en ordenamientos que califican esa reacción como «pena» (Estados Unidos, España) o no (Alemania, Italia), se caracteriza esencialmente por su pretendido carácter preventivo, esto es, por la búsqueda de la organización –conforme a Derecho– de la persona jurídica, lo que sucedería mediante la adopción e implementación de un *compliance*. Si esto es así, creo que esa pretensión preventiva no tendría que ser calificada necesariamente como propia de la prevención especial positiva¹²⁴, pues, como se ha visto *supra*, la evitación de delitos en el ámbito de la persona jurídica a través de la adopción e implementación del *compliance* es algo que también sostiene la defensa de la prevención general negativa entendida en sentido normativo¹²⁵. Y si esto es así, la frontera entre la prevención especial positiva y la prevención general negativa, en la fundamentación de la «pena» para la persona jurídica, desaparecería por completo¹²⁶. En el Derecho penal de la persona física no hay problema en conciliar la finalidad preventivo general negativa y la finalidad preventivo especial positiva (ejemplo: la teoría dialéctica de la unión¹²⁷), precisamente, porque ambas están centradas en la prevención. Pero en el «Derecho penal de la persona jurídica», esas finalidades directamente pierden sus límites y se vuelven una y la misma cosa¹²⁸.

Ahora bien, más allá de esto, cabe realmente preguntarse: ¿es posible llamar «pena» a una reacción que, como resultado de la declaración de responsabilidad de una persona jurídica, consiste prioritariamente en la promoción de la adopción e implementación de un *compliance*? O, dicho de otra manera –en términos más generales–, ¿es posible recurrir al Derecho penal solo por una «necesidad de reforma de la organización»¹²⁹? Estas preguntas, a mi juicio, han de ser respondidas negativamente. Si se recuerda la definición de la teoría de la prevención especial positiva, se debe tener claro que, después de cometido el delito, al responsable por él (la persona física) se le impone una pena para que no vuelva a cometerlo en el futuro. Si se traslada esta lógica al ámbito de la persona jurídica, habría que admitir la necesidad de la comisión de un delito para que, solo después de eso, se implementen medidas correctivas respecto de la persona

¹²³ Al respecto, GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, 2017, p. 240.

¹²⁴ GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, 2017, p. 111.

¹²⁵ GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, 2017, p. 115, quien dice «al fin al cabo, “prevenir mediante conducción” no es sino dirigir mediante una suerte de prevención especial adaptada a personas jurídicas».

¹²⁶ Esto se refleja con claridad, a mi juicio, con el planteamiento ofrecido, en la doctrina española, por SILVA SÁNCHEZ, *REDEPEC*, (1), 2023, p. 14, quien dice: «Mediante la introducción de la responsabilidad penal de las personas jurídicas se pretende introducir un incentivo para la implantación de programas de *compliance* de prevención y detección de delitos. Es decir, se construye un sistema de prevención general con el fin de producir una prevención especial autogestionada. En efecto, esta técnica constituye una vía alternativa a la de un sistema de prevención especial heterogestionada. A saber, la implantación coactiva de tales modelos mediante una coacción física directa predelictual o postdelictual –es decir, como una medida de seguridad en sentido estricto–» (cursiva agregada).

¹²⁷ ROXIN/GRECO, *AT*, 5.ª ed., 2020, 3/36 ss.

¹²⁸ Aunque dudo que esto sea un problema, por lo menos, para algunos planteamientos en la doctrina angloamericana. Por todos, FISSE, *Southern California L. Rev.*, (56), 1983, p. 1164, quien, refiriéndose a la rehabilitación y a la incapacitación, entiende que estas son «inherentes al objetivo de la disuasión».

¹²⁹ HENNING, *American Criminal L. Rev.*, (46), 2009, p. 1429.

jurídica –en cuyo nombre o por cuya cuenta y en cuyo beneficio se cometió el delito–, todas ellas bajo la etiqueta de «pena». Pero esas medidas (particularmente: un *compliance*), si realmente pretenden ser preventivas, *deberían* ser adoptadas *antes* de la comisión de un delito y no *después* de este: esta pretensión se refleja claramente en el hecho de que la adopción e implementación de un *compliance*, pese a no ser obligatoria, es incentivada –por los beneficios que ofrece a la persona jurídica– para que exista en la organización antes de la aparición de un hecho punible. En España esto queda bastante claro: ninguna de las «penas» recogidas en el art. 33.7 del CP español consiste en la adopción e implementación obligatoria de un *compliance*. De hecho, la posibilidad de adoptar e implementar uno, incluso después de producido el delito, refleja la lógica del incentivo: la persona jurídica adopta e implementa un *compliance* para beneficiarse con la atenuación de su (eventual) responsabilidad (art. 31 *quater*.1.d del CP español).

Lo acabado de decir no niega que una persona jurídica, con un *compliance* que contiene «medidas de vigilancia y control idóneas» (art. 31 bis.2.1ª del CP español) o que sea «adecuado» (art. 31 bis.4 del CP español), recaiga en la eventualidad de que en el marco de su estructura organizacional una persona física cometa un hecho punible. Pero si esto es así, precisamente por haber contado con un *compliance* idóneo o adecuado *ex ante delictum*, a esa persona jurídica no se le debería imponer una «pena»¹³⁰. Y si, de alguna manera, se busca impulsar –después de cometido el delito– un reforzamiento de ese *compliance* (que ya era idóneo o adecuado), tal reforzamiento no se debería hacer mediante una reacción estatal llamada «pena», si es que se quiere mantener el sentido de esta institución y el sentido del propio *compliance* (un instrumento organizacional facultativo que, según los arts. 31 bis y 31 *quater*.1.d del CP español, tienen, respectivamente, un efecto eximente y un efecto atenuante de la responsabilidad).

Sin embargo, a la luz de la teoría de la prevención especial positiva, se tendría que decir que es posible imponer una «pena» a la persona jurídica incluso si el *compliance* es idóneo o adecuado (algo que desafía directamente la lógica del incentivo). Y el motivo para ello, se dice, es que el recurso al Derecho penal es efectivo ante la necesidad de reforma de la organización¹³¹. Dicho de otra manera: la necesidad de reforma de la organización es independiente a si existe o no un «modelo de organización y gestión» idóneo o adecuado, pues, en realidad, el *compliance* «podría ser un elemento distractor en aras de evaluar la necesidad de medidas rehabilitadoras»¹³². Y esa necesidad de reforma de la organización tiene que ver con la existencia en la persona jurídica de una «cultura empresarial» que «presione a los empleados a realizar conductas de riesgo, pese a la presencia de sistemas diseñados para prevenir infracciones»¹³³. Todo esto solo se puede

¹³⁰ Precisamente aquí aparece el escenario paradójico que denuncia FEIJÓO SÁNCHEZ, *REDEPEC*, (1), 2023, p. 42, sobre el Proyecto de Colonia (*Kölner Entwurf eines Verbandssanktionengesetzes*, de 2017): pese a que este declara la preponderancia de la prevención especial como fin de la «sanción» aplicable a la persona jurídica, la multa (única «sanción» que recoge ese proyecto) se podría imponer a una entidad que no posee una estructura criminógena, lo que revela que la multa, según el citado autor, «no viene determinada por las necesidades de modificar las estructuras criminógenas».

¹³¹ Frente a esta afirmación, sin embargo, WEIGEND, en LEHMKUHL/WOHLERS (eds.), *Unternehmensstrafrecht*, 2020, p. 305, señala que «Los resultados de la investigación empírica realizada hasta la fecha no parecen permitir una conclusión clara al respecto».

¹³² HENNING, *American Criminal L. Rev.*, (46), 2009, p. 1435.

¹³³ HENNING, *American Criminal L. Rev.*, (46), 2009, pp. 1430 s. Aquí el autor dice: «La implementación de procedimientos de *compliance*, incluso aquellos que cumplen los requerimientos de un programa “efectivo” descritos en la Sentencing Guidelines, no garantiza que los empleados de la corporación no infrinjan la ley en el futuro, así como tampoco significa que la compañía no sea declarada responsable en un proceso penal por los actos de los empleados. Si ocurren infracciones de manera significativa y sistemática pese a la presencia de un programa de *compliance*, entonces un proceso penal puede ser un medio efectivo para incitar a que la corporación

explicar con una de las dos alternativas siguientes: o se considera (erróneamente) que el *compliance* es un instrumento que debe ser infalible –lo que sobredimensiona la vocación consistente en promover la reestructuración empresarial¹³⁴–, o se admite que la estructura de la persona jurídica revela un entorno organizativo deficitario (caracterizado, por ejemplo, por tener un *paper compliance* –puramente «cosmético»– y controles internos puramente formales) en el que, a la luz del CP español, solo se interviene a través de «penas» (una obligatoria –la multa– y otra facultativa –«interdictiva», de carácter prospectivo–), que, paradójicamente, están completamente alejadas de las necesidades de reforma de la organización¹³⁵ –lo que desmantela la vocación consistente en promover la reestructuración empresarial–.

Finalmente, aunque se entienda que el fin de la «pena» consiste en la resocialización, aquella (incluso en el Derecho penal de las personas físicas) «no tiene *per se* un efecto regenerador»¹³⁶. Dicho de otra manera: solo por imponerse una «pena», la persona jurídica no queda «regenerada». Esta aseveración va de la mano con la idea de que la «regeneración» de la persona jurídica, si es que tiene alguna virtualidad, solo podría tener lugar mediante aquellos que son responsables de la toma de decisiones¹³⁷, esto es, a través de personas físicas. Por este motivo, la reacción estatal debería tener un efecto directo sobre los directivos de la persona jurídica. Precisamente por esto, se ha pensado en otro grupo de medidas orientadas a la «regeneración» de la persona jurídica, a saber, medidas que implican la intervención y/o supervisión estatal sobre la persona jurídica –la más célebre: la curatela empresarial propuesta por SCHÜNEMANN¹³⁸–. Tal «regeneración» se lograría con la reestructuración de la persona jurídica a través de, por ejemplo, el despido o el reemplazo de las propias personas físicas (afectándolas a estas directamente). Esa intervención estatal¹³⁹ supondría «un cambio de comportamiento mediante el poder de persuasión [...] [y una correspondiente] “reintegración social” de la persona jurídica»¹⁴⁰.

Sin embargo, en el art. 33.7 del CP español no se ha recogido ninguna reacción consistente en la intervención o supervisión estatal de la persona jurídica ni mucho menos de su órgano de dirección¹⁴¹. Si las «penas» recogidas en el indicado precepto se observan bien, se puede sostener que aquellas, aunque están orientadas a la prevención –en ese sentido, tienen carácter prospectivo y no retrospectivo–, reflejan el prevalecimiento de una dimensión más

implemente un tipo de reforma estructural necesaria para minimizar la probabilidad de infracciones similares en el futuro».

¹³⁴ Exigir algo así como un «*compliance* perfecto», exento de fisuras, generaría consecuencias contraproducentes para un desempeño mínimo y razonablemente eficaz de las labores empresariales. Al respecto, por todos, GÓMEZ TOMILLO, «Programas de cumplimiento y política criminal» en BACIGALUPO SAGGESE *et al.* (eds.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, 2016, p. 107.

¹³⁵ Precisamente, GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, 2017, p. 113, resalta que el calificativo de «interdictivas», resalta «el desafortunado tinte inoquizador del art. 33.7, de modo que se estrecha el poco margen que tal precepto deja a procesos de reestructuración o prevención especial positiva».

¹³⁶ WOHLERS, en KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK (eds.), *Unternehmensstrafrecht*, 2012, p. 244.

¹³⁷ BERTOSSA, *Unternehmensstrafrecht*, 2003, pp. 64 ss.

¹³⁸ SCHÜNEMANN, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht. Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantes Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht*, 1979, pp. 129 ss.

¹³⁹ SILVA SÁNCHEZ, *REDEPEC*, (1), 2023, p. 16: habla de una «resocialización coactiva» (para referirse a la intervención judicial).

¹⁴⁰ ACKERMANN, *Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen*, 1984, p. 198.

¹⁴¹ Más allá de la «pena» de intervención judicial (art. 33.7.g del CP español), la que solo es aplicable, como indica expresamente el precepto, «para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores».

«inocuidadora» que «resocializadora»¹⁴², por lo que de manera legítima es posible dudar acerca de si constituyen una manifestación de medidas con una finalidad propia de la teoría de la prevención especial positiva¹⁴³. Esto podría explicar las vacilaciones existentes en el ámbito del discurso punitivista sobre la calificación de tales «penas» como genuinas penas (para la persona jurídica): ellas se han considerado como «medidas interdictivas» próximas a las medidas de seguridad (lo que explica su carácter potestativo)¹⁴⁴ o como «sanciones interdictivas»¹⁴⁵ (por su sentido exclusivamente prospectivo)¹⁴⁶.

En definitiva, si son las personas físicas las que influyen en el destino de la persona jurídica (un destino comprometido con la evitación de delitos), entonces la «pena», sostenida en la prevención especial positiva, debería desencadenar efectos, directos o indirectos, sobre ellas. Pero ninguna de las medidas recogidas en el art. 33.7 del CP español se refieren a esas personas físicas: no hay ninguna medida consistente en una intervención o supervisión de la persona jurídica que implique la exclusión de personas físicas posiblemente comprometidas con la reiteración delictiva y tampoco hay ninguna medida aplicable a la persona jurídica que tenga la apariencia de ser inspirada por la teoría de la prevención especial positiva. Por otro lado, existen algunas medidas que podrían legitimarse desde la perspectiva de la prevención especial negativa (disolución). Pero este fin –que poco sirve para identificar lo específico de una pena frente a una consecuencia accesoria, precisamente, por concentrarse en la peligrosidad instrumental u organizativa de la persona jurídica– solo revela la necesidad de que la intervención sobre la persona jurídica, mediante la «pena», se oriente a evitar que aquella le ofrezca a la persona física un entorno útil para la comisión de delitos en el futuro.

¹⁴² FEIJÓO SÁNCHEZ, «Las consecuencias jurídicas del delito», en BAJO FERNÁNDEZ/FEIJÓO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal*, 2.ª ed., 2016, p. 281, señala que, en las (por él llamadas) «sanciones interdictivas» (las «penas» del art. 33.7 del CP, a excepción de la multa), «El fundamento real [de su imposición] [...] se encuentra en la peligrosidad, pasando la prevención especial (negativa) a un primer plano».

¹⁴³ Por ejemplo, en la doctrina española, DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Penas para las personas jurídicas en el Código Penal español», en GÓMEZ COLOMER (dir.)/MADRID BOQUÍN (coord.), *Tratado sobre Compliance penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, 2019, p. 83, señala lo siguiente: «Salvo la disolución de la entidad (verdadera “muerte civil”) o la prohibición definitiva de realizar actividades relacionadas con el delito, el resto de las penas tienen un carácter fundamentalmente temporal, prevaleciendo en ellas “las razones preventivas frente a las punitivas”, y más en un plano inocuidador que de “resocialización o reestructuración de la persona jurídica”».

¹⁴⁴ GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en BAJO FERNÁNDEZ/FEIJÓO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal*, 2.ª ed., 2016, p. 109.

¹⁴⁵ FEIJÓO SÁNCHEZ, en BAJO FERNÁNDEZ/FEIJÓO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal*, 2.ª ed., 2016, pp. 280 ss. Llama la atención que, aunque las nomenclaturas utilizadas por el legislador desempeñan un papel aparentemente relevante en el planteamiento del citado autor (él dice que si el CP habla de una «pena» de la persona jurídica, es porque hay un «delito» de la persona jurídica), no tengan esa misma importancia en la forma cómo FEIJÓO SÁNCHEZ entiende a las otras «penas» del art. 33.7 del CP, a las que considera –pese a llamarse «penas» en el CP– como «sanciones interdictivas». Entiendo que lo decisivo no es la bandera bajo la que navega el barco, sino su carga, y que las características intrínsecas de cada una de las «penas» conduce al citado autor a considerar que solo la multa (retrospectiva y preventivo-general) es la genuina «pena» para la persona jurídica. Pero un proceder parecido puede conducir también a negar que todas las «penas» del art. 33.7 del CP genuinamente lo sean (y sean más bien «penas» en sentido amplio). Al respecto, DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *REDEPEC*, (2), 2023, pp. 27 ss.

¹⁴⁶ Que las «penas interdictivas» tienen también carácter retrospectivo (pues el art. 66 bis no niega que lo tengan), es puesto de manifiesto por GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, 2017, p. 133.

2.3. Prevención general positiva

Frente a las dudas surgidas sobre la prevención general negativa y la prevención especial, se acude a un planteamiento adicional para la legitimación de la pena: esta también proyecta efectos sobre la comunidad (de ahí que sea «prevención general»), pero no para intimidarla, sino para reafirmar su consciencia jurídica (de ahí la calificación de «positiva»). Dicho de otra manera: el sentido y la finalidad de la pena radica en que, mediante su imposición, se mantiene la confianza en la norma por parte de la comunidad, pues el contenido de ella sigue teniendo validez pese al hecho (el delito) que la puso en cuestión¹⁴⁷.

La «pena» a la persona jurídica se legitima desde la perspectiva de la prevención general positiva¹⁴⁸ si es que aquella, con su imposición, refuerza la convicción jurídico-general de la comunidad¹⁴⁹. Este efecto se produce en la medida que la comunidad observa y comprende sin dificultades a la persona jurídica como «artífice» del suceso delictivo: si este se realiza, aquella – la comunidad– espera que esa persona jurídica sea «castigada»¹⁵⁰. Esto permite decir que, solo desde la perspectiva del reforzamiento de la consciencia jurídica de la comunidad (en otras palabras: la confirmación, mediante la imposición de la pena, de la obligatoriedad de la norma incumplida a través del delito), la persona física y la persona jurídica se encuentran en pie de igualdad: ambas serían sujetos de la pena¹⁵¹.

La legitimación de la «pena» contra la persona jurídica, desde la perspectiva de la prevención general positiva no sería problemática si fuera suficiente con que aquella reacción tuviera por objeto demostrar la adhesión al carácter vinculante de la norma transgredida por el delito¹⁵². En un ámbito como el de la delincuencia empresarial, en el que las expectativas normativas son mucho más inestables y existe una mayor posibilidad de pérdida de confianza y de aparición del «efecto llamada» (*Sogwirkung*) y del «efecto espiral» (*Spiralwirkung*)¹⁵³, parece ser perentoria –en comparación con otros ámbitos de la vida– la necesidad de reafirmar la validez del Derecho. Asimismo, si el Derecho penal asegura la convicción jurídico-general de la comunidad, aquel

¹⁴⁷ STRATENWERTH, *¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena?*, 1996, pp. 20 ss.

¹⁴⁸ Teniendo a la vista el ordenamiento español, FEIJÓO SÁNCHEZ, en BAJO FERNÁNDEZ/FEIJÓO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2.ª ed., 2016, p. 276, dice que solo la «pena» de multa puede cumplir con un «fin preventivo-general».

¹⁴⁹ En ese sentido, por todos, REYES ALVARADO, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista General de Derecho Penal*, (11), 2009, pp. 11 ss.

¹⁵⁰ ACKERMANN, *Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen*, 1984, pp. 196 ss.; EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, 1994, p. 204; DROPE, *Strafprozessuale Probleme bei der Einführung einer Verbandsstrafe*, 2002, p. 72; KINDLER, *Das Unternehmen als haftender Täter*, 2007, p. 289; SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität ohne Strafrecht?*, 2013, p. 454.

¹⁵¹ BERTOSSA, *Unternehmensstrafrecht*, 2003, p. 63, quien dice que «En el caso de la prevención general positiva, tampoco existen diferencias entre el Derecho penal individual y el Derecho penal de la persona jurídica». En esa línea, también, NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2008, p. 266.

¹⁵² WOHLERS, en: KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK (Eds.), *Unternehmensstrafrecht*, 2012, p. 245.

¹⁵³ El «efecto llamada» se refiere a un efecto consistente en la imitación: si una persona jurídica consigue un contrato a través de un acto de corrupción, entonces otras personas jurídicas, al carecer de oportunidades conforme a Derecho para hacerlo, recurrirán a actos de corrupción para conseguir contratos. Por su parte, el «efecto espiral» implica la comisión de delitos cada vez más graves para asegurar u ocultar el primer delito cometido, con el que se obtuvo, por ejemplo, una ventaja competitiva. Al respecto, KULHANEK, *ZIS*, (13), 2014, p. 678.

debe adecuarse a los cambios de esta¹⁵⁴, incluyendo el que implica que aquella convicción pueda ser afectada por el poder económico, político y social que tienen las personas jurídicas¹⁵⁵.

Por tanto, si se comprendiera a la pena desde una perspectiva normativa, en virtud de la cual aquella sirviera como reforzamiento simbólico de la norma infringida a costa de quien la ha infringido, una pena para la persona jurídica sería admisible, pues ese efecto se podría predicar tanto en la pena para la persona física como en la «pena» para la persona jurídica¹⁵⁶. Frente a esta conclusión, sin embargo, se ha dicho que la mera referencia a los efectos positivos es, en realidad, una «justificación reducida» de la «pena» para la persona jurídica¹⁵⁷. Más bien, los efectos positivos que enarbola la teoría de la prevención general positiva (la reafirmación de la consciencia jurídico-general) solo se pueden atender si las normas fueran algo más que un mero elemento de cálculo, esto es, si aquellas normas expresaran la existencia de un orden legítimo y la pena que refuerza la validez de esas normas fuera una pena sentida como «justa» por la comunidad¹⁵⁸. Si con la teoría de la prevención general positiva se pretende ofrecer un modelo preventivo en el que la pena está orientada a «ganarse» la confianza de los ciudadanos, aquel «no debe limitarse a la formulación de mandatos y prohibiciones»¹⁵⁹, sino que debe hacer posible una pena «justa»¹⁶⁰. No basta entonces que una persona jurídica sea «artífice» del delito a ojos de la comunidad para sostener que la «pena» que a ella se le ha de imponer refuerza la confianza en la validez del Derecho.

¿Cuándo, entonces –desde la perspectiva de la teoría de la prevención general positiva– la pena es una pena (reconocida socialmente como) «justa»? Es importante responder a esta pregunta pues solo una pena «justa» puede cumplir el efecto preventivo que propone aquella teoría. La respuesta parece ser: la pena es «justa» cuando su destinatario es capaz de acción y capaz de culpabilidad¹⁶¹, es decir, cuando la persona jurídica «se reconoce como sujeto competente por la infracción de la norma, esto es, si se le atribuye la capacidad de actuar por sí misma y su propia culpabilidad»¹⁶². Si se considera que el destinatario de la pena no posee esas capacidades, entonces esa «pena» no reafirmaría la vigencia de norma alguna¹⁶³. Mientras la pena se defina como consecuencia de la infracción culpable de una norma jurídico-penal, la posibilidad de imponer una pena a la persona jurídica dependerá de su capacidad de acción y de su culpabilidad¹⁶⁴. Esto lo saben muy bien los defensores del discurso punitivista que, adhiriéndose a la teoría de la pena en cuestión, admiten que la pena restablece la vigencia de la norma y que

¹⁵⁴ SCHNEIDER, *Zu den neuen Möglichkeiten einer Unternehmenssanktionierung zwischen Ordnungswidrigkeitenrecht und Kriminalstrafrecht*, 2023, p. 61.

¹⁵⁵ EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, 1994, p. 142.

¹⁵⁶ Esta idea estuvo presente en el «Proyecto de Renania del Norte-Westfalia» (Entwurf eines Gesetzes zur Einführung der strafrechtlichen Verantwortlichkeit von Unternehmen und sonstigen Verbänden des Landes Nordrhein-Westfalen, de 2014). Al respecto con detalle, SCHNEIDER, *Zu den neuen Möglichkeiten einer Unternehmenssanktionierung zwischen Ordnungswidrigkeitenrecht und Kriminalstrafrecht*, 2023, p. 65.

¹⁵⁷ SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität ohne Strafrecht?*, 2013, p. 454, dice incluso que esa justificación «sería tan poco convincente como la de la intimidación (*Abschreckung*)».

¹⁵⁸ WOHLERS, en KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK (eds.), *Unternehmensstrafrecht*, 2012, p. 245.

¹⁵⁹ KOHLHOF, *Die Legitimation einer originären Verbandsstrafe*, 2019, p. 85.

¹⁶⁰ KOHLHOF, *Die Legitimation einer originären Verbandsstrafe*, 2019, p. 85.

¹⁶¹ WOHLERS, en KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK (eds.), *Unternehmensstrafrecht*, 2012, p. 245.

¹⁶² KINDLER, *Das Unternehmen als haftender Täter*, 2007, p. 291.

¹⁶³ WEIGEND, en LEHMKUHL/WOHLERS (eds.), *Unternehmensstrafrecht. Materiellrechtliche und prozessuale Aspekte*, 2020, p. 303.

¹⁶⁴ KINDLER, *Das Unternehmen als haftender Täter*, 2007, p. 291.

aquella no se puede imponer sin que concurra culpabilidad (una que, por cierto, se obtiene –en el caso más extremo– solo después de vaciar de contenido antropológico a la libertad de organización). Esto les conduce a dar por hecho que *esa* culpabilidad se verifica también en la persona jurídica solo porque el concepto de «persona» que asumen se determina por *esa* culpabilidad (una desvinculada de toda propiedad humana individual)¹⁶⁵.

Asimismo, aunque es cierto que un cambio de la convicción jurídico-general puede constituir un punto de partida para una modificación legal, tal cambio es de difícil determinación empírica¹⁶⁶, por lo que la decisión de acudir al Derecho penal (concretamente: a la consideración de la persona jurídica como sujeto del delito y de la pena), como último recurso del poder estatal, debería estar legitimada en algo más que la convicción jurídico-general¹⁶⁷.

Si esto es así, imponer una «pena» a una entidad (la persona jurídica) que es incapaz de actuar o de ser culpable es contrario al sentido de la justicia vigente en la comunidad: no refuerza su convicción jurídico-general¹⁶⁸. Una «pena» sin culpabilidad no cumple la finalidad prevista (mantenimiento de la confianza en la norma por parte de la comunidad), sino que, más bien, conduce a la desestabilización¹⁶⁹.

¹⁶⁵ No es casualidad que quienes defienden la posibilidad de una teoría del delito para la persona jurídica admitan que la «pena» que a ella se le impone se legitima en la teoría de la prevención general positiva. GÓMEZ-JARA DÍEZ, *La culpabilidad penal de la empresa*, 2005, p. 299, dice: «partiendo de que la *función* de la pena consiste en el restablecimiento comunicativo de la vigencia de la norma, y toda vez que el concepto de persona a la que se impone la pena viene determinado por el concepto de “culpabilidad”, *la imposición de una pena a una organización empresarial con base en su propia culpabilidad cumple exactamente la misma función que la imposición de una pena a un individuo con arreglo a su culpabilidad*» (cursiva agregada). REYES ALVARADO, *RGDP*, (11), 2009, por su parte, señala, en p. 11: «*A partir del entendimiento de la prevención general positiva como fin principal de la pena no solo se puede abandonar una concepción puramente sicologista de la culpabilidad como nexo causal subjetivo entre la acción y su autor, sino que también se puede reformular la tesis de una culpabilidad fundamentada en un juicio de reproche derivado de una mala utilización de la libertad de acción*», y, en pp. 13 ss.: «La persona que es objeto del juicio de culpabilidad no es entonces el ser humano ontológicamente considerado [...], sino la persona “jurídica” entendiendo por tal un ser social normativamente dotado de derechos y obligaciones [...] como todo aquel que disponga de la posibilidad de organizar su propia conducta está en capacidad de desplegar comportamientos que invadan esferas de libertad ajenas y que supongan indebidas formas de ataque a bienes jurídicos, entonces también todo aquel que posea la condición de persona tiene la obligación de organizar su comportamiento en forma tal que con él demuestre que se mantiene fiel a la norma; desde esta perspectiva, *tanto las personas naturales como las personas jurídicas* (en cuanto capaces de organizar su propia conducta) *pueden ser objeto del juicio de reproche propio de la culpabilidad y respecto de ambas se justifica la imposición de una pena como forma de reafirmar frente a la sociedad la vigencia de la norma [...]*» (cursiva agregada). Recientemente, MORENO-PIEDRAHÍTA HERNÁNDEZ, *Teoría del delito de las personas jurídicas: bases y esbozo de un sistema conceptual*, 2025, dice, en p. 494, que la construcción de un sistema penal de la persona jurídica (paralelo al sistema penal de la persona física) «debería partir de entender que si el Derecho penal de las personas jurídicas se dirige finalmente a que maximice los derechos fundamentales y otros valores constitucionales con sus normas, debería entenderse que el fin de la pena corporativa es minimizar el poder que la persona jurídica muestra cuando delinque a través de ellas negando esos valores»; y, en p. 496, que «[...] si el fin de la pena corporativa consiste en minimizar el poder de la persona jurídica manifestado con su delito, para maximizar los valores constitucionales que ella negó de esa manera, *este fin coincidiría a breves rasgos con el fin preventivo general positivo*» (cursiva agregada).

¹⁶⁶ SCHNEIDER, *Zu den neuen Möglichkeiten einer Unternehmenssanktionierung zwischen Ordnungswidrigkeitenrecht und Kriminalstrafrecht*, 2023, p. 62.

¹⁶⁷ SCHNEIDER, *Zu den neuen Möglichkeiten einer Unternehmenssanktionierung zwischen Ordnungswidrigkeitenrecht und Kriminalstrafrecht*, 2023, p. 62.

¹⁶⁸ Precisamente, uno de los motivos por los que la teoría de la prevención general positiva ha obtenido gran aceptación en la doctrina radica en que permite sostener la idea de que solo una pena que corresponda a la medida de la culpabilidad permitiría cumplir con la finalidad de reforzar la convicción jurídico-general de la comunidad. Al respecto, ROXIN, *GA*, 2015, p. 192.

¹⁶⁹ SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität ohne Strafrecht?*, 2013, p. 455.

Más allá de esto, resulta difícil exigir a la persona jurídica el reconocimiento de la norma cuando ella muestra una «genuina indiferencia normativa así como una indiferencia por los efectos externos»¹⁷⁰. La admisión de que la persona jurídica es capaz de actuar conforme a Derecho exige aceptar que aquella posee una capacidad de «reflexionar fundamentalmente sobre su comportamiento»¹⁷¹. Esto, sin embargo, no sucede. Las personas jurídicas solo tienen una «intencionalidad primitiva»¹⁷²: ellas no son capaces de una autorreflexión comparable a la de las personas físicas pues, a diferencia de estas, aquellas no pueden desarrollar una distancia crítica consigo mismas ni adaptar sus patrones de comportamiento en el momento del acto.

La persona jurídica no se guía por el código «correcto-incorreto», sino por el código «beneficio-perjuicio»¹⁷³. Esto es particularmente importante: quien quiere respetar las normas mediante la evitación de comportamientos peligrosos, tiene que conocer cuáles son esos comportamientos peligrosos pues, de llevarlos a cabo, se expone a una *poena naturalis*. Así, no basta con «tener la buena voluntad de respetar el orden, sino que [se] debe también saber cuándo [se] está ante el comportamiento normativamente regulado»¹⁷⁴. Es claro que, aparentemente, una persona jurídica también puede exponerse a una *poena naturalis*: si, por ejemplo, esa persona jurídica ha de aceptar una pérdida de ventas debido a una política comercial inadecuada y «aprende» a adaptar de mejor manera su comportamiento en el mercado como consecuencia de ello¹⁷⁵. Sin embargo, esa *poena naturalis* tiene poco que ver con la *poena naturalis* que pretende el ordenamiento jurídico: el «conocimiento pertinente para considerar aplicable la norma»¹⁷⁶ o, en otras palabras, «el conocimiento necesario para orientarse por el mundo»¹⁷⁷ es ajeno a la idea de que el agente es «ciego ante los hechos»¹⁷⁸, y compatibiliza mejor con la idea de que «el agente puede orientarse en un mundo concreto y referenciado»¹⁷⁹. La persona jurídica «es incompatible con esta idea»¹⁸⁰.

Por otro lado, desde la perspectiva de la prevención general positiva, aún es necesario pensar sobre cómo se puede conciliar tal teoría de la pena con la implementación de un *compliance*: si una persona jurídica ha implementado un *compliance* idóneo o adecuado antes de la comisión de un delito, pese a lo cual este se comete, ¿la exención de responsabilidad de esa persona jurídica no erosionaría acaso la confianza de la comunidad en el Derecho?¹⁸¹ Esta pregunta es particularmente interesante, porque, desde otra perspectiva, se ha dicho incluso que «la

¹⁷⁰ SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität ohne Strafrecht?*, 2013, p. 455.

¹⁷¹ EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, 1994, p. 200.

¹⁷² SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität ohne Strafrecht?*, 2013, p. 456.

¹⁷³ SILVA SÁNCHEZ, *REDEPEC*, (1), 2023, p. 5.

¹⁷⁴ JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.ª ed., 1997, 1/7a.

¹⁷⁵ SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität ohne Strafrecht?*, 2013, p. 455.

¹⁷⁶ JAKOBS, *PG*, 2.ª ed., 1997, 1/7a.

¹⁷⁷ JAKOBS, *PG*, 2.ª ed., 1997, 1/7a.

¹⁷⁸ SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität ohne Strafrecht?*, 2013, p. 455.

¹⁷⁹ SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität ohne Strafrecht?*, 2013, p. 455.

¹⁸⁰ SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität ohne Strafrecht?*, 2013, p. 455.

¹⁸¹ Esto ha sido planteado en la doctrina española por CUGAT MAURI, «La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el papel del juez ante el peligro de hipertrofia de las *compliance*», *Estudios Penales y Criminológicos*, 2015, p. 936, quien dice: «Así como es comúnmente admitido que las necesidades de afirmación del derecho a través de la prevención general no pueden llegar hasta el punto de justificar la condena del inocente (chivo expiatorio), el afianzamiento del sistema preventivo tampoco puede justificar la exención de responsabilidades penales por la sola implantación de las *compliances* en las “good citizens corporations”. Ello no solo sería injusto, cuando pueda afirmarse que la voluntad de la sociedad se ha canalizado a través del delito cometido por sus representantes, sino que *tampoco sería útil al fin de prevención del delito*» (cursiva agregada).

prevención general positiva operaría alentando la conveniencia de establecer programas de cumplimiento de la legalidad que impidan en la medida de lo posible la comisión de esos delitos o, al menos, reaccionando adecuadamente, en el sentido del restablecimiento de la legalidad cuando algún fallo organizativo pueda haber propiciado o dejado pasar la comisión de esos delitos, desactivando así las necesidades preventivas de pena»¹⁸². Esto llama la atención pues, desde la perspectiva de la teoría de la prevención general positiva, es el delito el que expresa un cuestionamiento de la norma que ha de ser enfrentado con la pena que, a su vez, demuestra «la inviolabilidad del ordenamiento jurídico ante la comunidad jurídica»¹⁸³. ¿Es un «defecto organizativo» –o un «delito corporativo»¹⁸⁴– un hecho que puede desestabilizar la convicción jurídico-general de la comunidad –en pie de igualdad con un asesinato o un robo cometido por una persona física– cuando ese hecho no ha sido considerado por el legislador como un *delito* y, solo el *delito* (art. 10 del CP español) –cometido por una persona física– se muestra como hecho merecedor de pena? Si «[la] prevención general positiva o estabilizadora sólo puede representar una alternativa válida si puede ofrecer una explicación de cómo y por qué la persona jurídica contribuye a la desestabilización o puesta en entredicho de la norma penal correspondiente (prohibición de estafa, fraude fiscal, contaminación, etc.)»¹⁸⁵ y si, además, un «defecto organizativo» (estado de cosas que se suele equiparar a la ausencia de un *compliance* idóneo o adecuado¹⁸⁶) no es, en realidad, un delito (no es un cuestionamiento de la norma que ha de ser enfrentado con la pena desde la perspectiva de la prevención general positiva¹⁸⁷), entonces la reacción estatal que recae sobre la persona jurídica no puede ser calificada como una pena. Esta conclusión se ve reforzada si se tiene en cuenta que la persona jurídica al no poder guiarse por el código «correcto-incorreto», no puede participar en un proceso comunicativo y, por tanto, no puede cuestionar la norma penal¹⁸⁸.

En definitiva, la teoría de la prevención general positiva no permite hablar de una «pena» para la persona jurídica: si esta carece de capacidad de acción y de culpabilidad, entonces no se le puede imponer una pena que la comunidad sienta como justa y, de esa manera, que refuerce la consciencia jurídico-general. Negar la viabilidad de una teoría de la prevención general positiva

¹⁸² DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *REDEPEC*, (2), 2023, p. 31.

¹⁸³ ROXIN/GRECO, *AT*, 5.ª ed., 2020, 3/26.

¹⁸⁴ El concepto de «delito corporativo» (propuesto, en la doctrina española, por FEIJÓO SÁNCHEZ, *El delito corporativo en el Código Penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas*, 2.ª ed., 2016, p. 49 ss.) apareció por primera vez, en la jurisprudencia española, en la STS 221/2016, de 16 de marzo. Aquí se indicó lo siguiente: «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» (cursiva agregada).

¹⁸⁵ FEIJÓO SÁNCHEZ, *REDEPEC*, (1), 2023, p. 5, n. 11.

¹⁸⁶ Así, por todos, NIETO MARTÍN, «El artículo 31 bis del Código Penal y las reformas sin estreno», *Diario La Ley*, (8248), 2014, p. 6, quien dice que afirmar que «el debido control consiste en la adopción de un modelo de organización eficaz» implica entender «que la responsabilidad de la persona jurídica se basa en la existencia de un defecto de organización y que este defecto de organización equivale a no haber implementado o haberlo hecho de manera incorrecta un modelo de organización y gestión, en relación a la infracción que se ha realizado».

¹⁸⁷ MAÑALICH, *REDEPEC*, (5), 2024, p. 33, señala que la «expectativa cuya frustración puede condicionar la formulación de un reproche de culpabilidad por el carácter, dirigido contra una persona jurídica, no puede entenderse plausiblemente referida al seguimiento puntual de tal o cual norma en una situación dada. Pues esto último es algo que sólo tiene sentido esperar de uno o más agentes individuales susceptibles de ser interpelados o «desafiados» por la norma en cuestión».

¹⁸⁸ SCHÜNEMANN, *ZIS*, (1), 2014, p. 5.

para legitimar «pena» de la persona jurídica con el argumento de que esta no es sujeto del delito (es incapaz acción e incapaz de culpabilidad) es la consecuencia directa de que la referida teoría requiere necesariamente de la afirmación de una «capacidad delictiva» del sujeto de la pena¹⁸⁹ (al que, por la vía de un concepto de culpabilidad amplio, conciben de manera tan amplia que puede abarcar tanto a la persona física como a la persona jurídica).

La persona jurídica sí está en capacidad de asumir costes¹⁹⁰, y esto podría ser tomado en cuenta para comprender la reacción estatal que puede recaer sobre ella. Pero esa capacidad no es suficiente para llamar «pena» a tal reacción estatal.

2.4. Retribución

En una comprensión retributiva de la pena, la finalidad social –cualquiera que sea– no es criterio de legitimación. El atractivo de la teoría de la retribución, entonces, radica en que «se desacopla de la consecución de las pretendidas finalidades preventivas para legitimar la pena»¹⁹¹. Más allá de esto, que parece ser el mínimo admisible cuando se habla de la retribución como fin de la pena, aparecen asociados, con la formulación más clásica, otros planteamientos: algunos hablan de expiación (*Sühne*), otros, de satisfacción (*Genugtuung*)¹⁹². Luego, como argumento para descartar la posibilidad de imponer una pena a la persona jurídica, se esgrimió la idea de que ella era incapaz de sentir el mal que suponía la pena: en la medida que la persona jurídica está dentro del grupo de entes que «no piensan ni sienten»¹⁹³, quedarían fuera del alcance de la pena¹⁹⁴. Si la persona jurídica no es capaz de un sentimiento de dolor como proceso psicológico¹⁹⁵, entonces la «pena» para la persona jurídica carece del carácter aflictivo que le es propio¹⁹⁶. Y frente a esto no podría ofrecerse la idea de que el sufrimiento lo experimentan los integrantes (personas físicas) de la persona jurídica¹⁹⁷, pues la pena tendría que imponerse a una «unidad independiente»¹⁹⁸, esto es, a la propia persona jurídica (y no a aquellas personas físicas)¹⁹⁹.

¹⁸⁹ Por lo demás, el modelo asumido en el art. 31 bis del CP, como dijo MIR PUIG, en DE VICENTE REMESAL *et al.* (eds.), *LH Luzón Peña*, v. II, 2020, p. 1339, «no obliga a modificar la concepción del delito que sirve de base al Derecho penal vigente, como comportamiento humano típicamente antijurídico y personalmente imputable».

¹⁹⁰ KINDLER, *Das Unternehmen als haftender Täter*, 2007, p. 291.

¹⁹¹ KUBICIEL, *ZRP*, (47-5), 2014, p. 134.

¹⁹² La formulación clásica puede encontrarse ya en KÖHLER, «Straffähigkeit der juristischen Person», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1917, p. 503.

¹⁹³ SCHWANDER, «Der Einfluss der Fiktions- und Realitätstheorie auf die Lehre von der Strafrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Personen», en JURISTISCHE FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT FREIBURG [SCHWEIZ] (ed.), *Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller*, 1959, p. 615.

¹⁹⁴ HENSE, *Die prozessuale Stellung des Unternehmens bei der Festsetzung einer Unternehmensgeldbuße nach § 30 OWiG. Eine Bestandaufnahme des geltenden Verfahrensrechts und Lösungsvorschläge de lege ferenda*, 2019, p. 42. Esto también lo destaca el sector doctrinal favorable a la punibilidad de la persona jurídica. Por todos, VOGEL, en KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK (eds.), *Unternehmensstrafrecht*, 2012, p. 209.

¹⁹⁵ KÖHLER, *GA*, 1917, p. 503.

¹⁹⁶ SÁNCHEZ-OSTIZ, «La acción de las personas jurídicas: límites de una ficción», *La Ley Compliance Penal*, (3), 2020, p. 4.

¹⁹⁷ FREIER, *Kritik der Verbandsstrafe*, 1998, p. 59.

¹⁹⁸ FREIER, *Kritik der Verbandsstrafe*, 1998, p. 59.

¹⁹⁹ KINDLER, *Das Unternehmen als haftender Täter*, 2007, p. 287.

Con todo, el planteamiento acabado de exponer (que se refiere a que la esencia de la pena radica en la imposición de un mal que ha de ser sentido por el penado), no es el que aquí interesa²⁰⁰. La pena es, en todo momento y lugar, un mal. Y esto es así independientemente de lo que sienta por ella el penado: una pena no pierde su carácter de «mal» aunque no se perciba como tal²⁰¹. La pena alude a un mal desde una perspectiva intersubjetiva²⁰². Conforme a esto, cuando aquí se habla de retribución, se hace referencia a su forma de comprensión más moderna, en virtud de la cual la pena es «compensación justa» de la culpabilidad²⁰³. Este entendimiento de la pena conduce a pensar que ella expresa una desaprobación ético-social, la cual solo puede recaer sobre quien se haya comportado de cierta manera pudiendo haber actuado de otra²⁰⁴, esto es, «habría sido capaz de reflexionar sobre su comportamiento»²⁰⁵.

En la doctrina angloamericana, parece ser mucho más extensa la oposición a sostener en la retribución la «pena» a la persona jurídica²⁰⁶. El núcleo central en esa línea de pensamiento revela una pretensión: castigar penalmente a la persona jurídica, sin que ese castigo se sostenga en la retribución²⁰⁷. Ello se explica en el hecho de que la mejor forma de sostener la «pena» para la persona jurídica en la prevención pasa necesariamente por el abandono de la retribución²⁰⁸ y, con ello, de la culpabilidad²⁰⁹, la que, en definitiva, representa el verdadero «problema»²¹⁰. Dado que los defensores de una comprensión preventiva sostenían que el Derecho penal debía mirar al futuro (*forward-looking*) y ser instrumental, se consideró que «para lidiar con el delito de manera

²⁰⁰ Al respecto, por todos, DROPE, *Strafprozessuale Probleme bei der Einführung einer Verbandsstrafe*, 2002, p. 72. Por su parte, SCHMITT, R., *Strafrechtliche Massnahmen gegen Verbände*, 1958, p. 196, indica que, al momento en el que escribió su obra, había opiniones aisladas (HAFTER, ENGISCH) que mantienen la idea de que la pena para la persona jurídica no se puede sostener debido a la incapacidad de esta de sentir el mal de la pena.

²⁰¹ ACKERMANN, *Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen*, 1984, p. 200.

²⁰² FEIJÓO SÁNCHEZ, *REDEPEC*, (1), 2023, p. 9, n. 17.

²⁰³ Al respecto, por todos, SCHLÜTER, *Die Strafbarkeit von Unternehmen in einer prozessualen Betrachtung nach dem geltenden Strafprozessrecht*, 2000, p. 63; HENSE, *Die prozessuale Stellung des Unternehmens bei der Festsetzung einer Unternehmensgeldbuße nach § 30 OWiG*, 2019, p. 42. Este es el conocido planteamiento en la jurisprudencia alemana. En el BVerfG 20, 323, 331, se ha determinado «Con la pena, también la multa administrativa, se reprocha al delincuente una violación del Derecho. Tal reproche, sin embargo, presupone reprochabilidad, es decir, culpabilidad penal». El BVerfG supone el principio de culpabilidad como componente de la indisponible identidad constitucional alemana del art. 79 III GG. Al respecto, BVerfG 123, 267, 413. Por esto, en su famosa «Decisión Lisboa», el BVerfG estableció, a la luz de la codificación europea, que el Derecho penal se refiere al principio de culpabilidad y por ello presupone la propia responsabilidad del individuo que debido a su libertad de voluntad puede decidir entre el Derecho y el injusto. Al respecto, BVerfG 123, 267, 413.

²⁰⁴ SCHMITT, R., *Strafrechtliche Massnahmen gegen Verbände*, 1958, p. 196.

²⁰⁵ KOHLHOF, *Die Legitimation einer originären Verbandsstrafe*, 2019, p. 85.

²⁰⁶ De hecho, quienes defienden la retribución terminan reconociendo que las «penas» para la persona jurídica tienen un carácter preventivo. Así, GOENA VIVES, *Responsabilidad penal y atenuantes en la persona jurídica*, 2017, p. 104. También, ROBSON, «Crime and Punishment: Rehabilitating Retribution as a Justification for Organizational Criminal Liability», *American Business Law Journal*, (47), 2010, pp. 109 ss.

²⁰⁷ En ese sentido, EDGERTON, *Yale Law Journal*, (36), 1927, p. 832, sostuvo que «El argumento contra la responsabilidad penal de la persona jurídica, consistente en que esta no puede ser “culpable” por sí misma y por tanto no debería ser castigada, yace en una aceptación tácita de que el objetivo del Derecho penal es retributivo». Según ALSCHULER, «Two Ways to Think about the Punishment of Corporations», *American Criminal Law Review*, (1359), 2009, p. 1367, n. 53, Edgerton consideró a la retribución como una forma de «sadismo».

²⁰⁸ EDGERTON, *Yale Law Journal*, (36), 1927, p. 832.

²⁰⁹ EDGERTON, *Yale Law Journal*, (36), 1927, p. 833.

²¹⁰ La idea de que la retribución constituye un objetivo inadecuado para la «pena» de la persona jurídica, en la medida que estas no tienen capacidad de culpabilidad, se reconoce por varios autores en la doctrina de los Estados Unidos. Al respecto, por todos, FISSE, *Southern California L. Rev.*, (56), 1983, p. 1169.

inteligente y práctica, se debe abandonar la teoría retributiva»²¹¹. Esta orientación no solo demuestra la indudable vinculación entre pena y culpabilidad (hasta el punto de que la remoción de la culpabilidad se constituyó como condición para poder hablar de una «pena» –de orientación preventiva– para la persona jurídica²¹²), sino que también expresa una pretensión más general, sostenida en razones pragmáticas, de sustentar, en el Derecho penal construido en el *common law*, la posibilidad de admitir una responsabilidad penal en la que no concurra culpabilidad²¹³. Las consideraciones indicadas demuestran un punto en común con la doctrina alemana sobre el asunto: la necesidad de dotar a la reacción estatal contra la persona jurídica de una legitimación sostenida en la prevención²¹⁴. Las conclusiones, con todo, fueron diferentes: en la doctrina en lengua inglesa se mantuvo a la «pena» (sin culpabilidad) para la persona jurídica, mientras que en la literatura alemana, dado que la pena no se puede desconectar de la culpabilidad, se acudió como solución a la medida de seguridad²¹⁵.

En tiempos más recientes, se ha rescatado la idea de la retribución para la «pena» a la persona jurídica en el Derecho penal angloamericano²¹⁶. En esa línea, se dice que la pena implica «una censura y una condena morales»²¹⁷ que no solo permite distinguir entre responsabilidad penal y responsabilidad civil (pues ambas puedan implicar un *harsh treatment*)²¹⁸, sino que ha de estar presente, además de en la reacción frente a una persona física, también en la que se produzca sobre una persona jurídica. Por otro lado, bajo la consideración de mantener una «pena» para la persona jurídica, se ha planteado también que «restaurar» a la retribución como fin de esa reacción estatal permitiría no solo la evitación de sanciones puramente preventivas (lo que implicaría la instrumentalización de la persona jurídica solo «para promover el bien común»²¹⁹), sino también la evitación del reemplazo del Derecho penal por el Derecho civil, resaltando «el poder expresivo del Derecho penal» al enfocarse en «conductas dolosas que violan valores sociales nucleares»²²⁰. Esa «restauración» supondría la admisión de «un veredicto de culpabilidad

²¹¹ Esta idea fue desarrollada por ROSCOE POUND, quien sostuvo también que en el sistema legal había un «respeto exagerado por el individuo». Sobre el asunto, con mayor detalle, ALSCHULER, *American Criminal Law Review*, (1359), 2009, p. 1367, n. 53.

²¹² EDGERTON, *Yale Law Journal*, (36), 1927, p. 842, quien consideraba que no había diferencia relevante entre el delito y el *tort* (acto ilícito civil), sostuvo que «la aceptación de que el delito supone culpabilidad (*guilt*) es totalmente errónea». La implantación de la responsabilidad por *torts* en el Derecho penal, según ROBSON, *American Business Law Journal*, (47), 2010, p. 115, refleja una aproximación «más pragmática que analítica» que, por lo demás, es verificable en diversas resoluciones expedidas por cortes inferiores desde finales del siglo XIX y que alcanzó su punto más alto en la célebre sentencia del caso *New York Central & Hudson River R. R. Co. v. United States*, 212 U.S. 481 (1909), resuelto por la CS de los Estados Unidos.

²¹³ Según ROBSON, *American Business Law Journal*, (47), 2010, p. 128, la primacía de la disuasión como objetivo de la responsabilidad penal de la persona jurídica, tuvo dos consecuencias: la «eliminación de la culpabilidad como condición necesaria para la pena y una concomitante expansión de los *strict liability crimes*» (esto es, delitos que no requieren *mens rea* o que requieren una mínima *mens rea*).

²¹⁴ Lo que, en última instancia, parece difícil. Al respecto, KOHLHOF, *Die Legitimation einer originären Verbandsstrafe*, 2019, pp. 88 ss.

²¹⁵ En esa línea, célebremente, STRATENWERTH, en GEPPERT/BOHNERT/RENGIER (eds.), *FS Schmitt*, 1992, pp. 302 ss.

²¹⁶ Al respecto, por todos, ROBSON, *American Business Law Journal*, (47), 2010, p. 109 ss. Robson habla de dos planteamientos de la retribución (distintos al clásico): retribución expresiva y «justicia como equidad» («*Justice as fairness*»). A la segunda FISSE, *Southern California Law Review*, (56), 1983, pp. 1168 ss., le da cierta viabilidad (y, conforme a eso la sitúa, de manera complementaria a la disuasión, como objetivo del Derecho penal corporativo).

²¹⁷ LAUFER/STRUDLER, «Corporate Intentionality, Desert and Variants of Vicarious Liability», *American Criminal Law Review*, (37), 2000, p. 1292, quienes aluden a una «actitud moral expresada en el tratamiento: solo la pena criminal implica una expresión de censura y condena morales».

²¹⁸ LAUFER/STRUDLER, *American Criminal L. Rev.*, (37), 2000, p. 1292.

²¹⁹ LAUFER/STRUDLER, *American Criminal L. Rev.*, (37), 2000, p. 1291.

²²⁰ ROBSON, *American Business Law Journal*, (47), 2010, p. 124.

para sancionar»²²¹ o, dicho de otra manera, «introducir a la retribución como objetivo de la sanción penal reposiciona el asunto de la culpabilidad corporativa donde pertenece: una condición necesaria para la imposición de una responsabilidad penal organizacional»²²².

En la doctrina alemana, aunque se ha dicho que las finalidades tradicionalmente asignadas a la pena difícilmente puedan concretarse para la persona jurídica, especialmente, en el caso de la retribución²²³, se ha indicado por otro lado que esta podría ser el fin de la «pena» que se le impone a la persona jurídica²²⁴. Conforme a esto, la persona física y la persona jurídica están en pie de igualdad desde la perspectiva de esa teoría de la pena²²⁵. Este planteamiento no solo propone entender a la pena sin más como una reacción por la lesión del Derecho, sino que también pretende ser sostenido en ideas como que a la persona jurídica se le puede imponer deberes²²⁶ (como, por ejemplo, el consistente en «mantener una estructura organizativa adecuada»²²⁷) o de que, por tener el potencial de poner en peligro «los presupuestos sociales y políticos de nuestra libertad»²²⁸, el legislador está obligado a «tratar con medios adecuados los peligros que para la comunidad y los derechos fundamentales provienen de las personas jurídicas»²²⁹. Llama la atención que este planteamiento se acerque al defendido por su contraparte anglosajona, en la que se dice que todas las teorías de la retribución –tanto la clásica como las más modernas– «tienen un enfoque mutuo en la sanción criminal como afirmación de los valores medulares de la comunidad y en la desconsideración del agente con respecto a esos valores»²³⁰.

Sin embargo, una «pena» a la persona jurídica tampoco puede sostenerse en la retribución. Y para afirmar esto hay varias razones. La más conocida y advertida hace ya tiempo en la doctrina reza de la siguiente manera: solo la persona física está en condiciones de comprender el sentido de la pena como un mal merecido²³¹. Es cierto que, desde el origen de la discusión, se ha propuesto la existencia, al interior de la persona jurídica, de una formación de voluntad (*Willensbildung*) «motivable» por la pena, de tal manera que esta cumpla con su finalidad de dirigir la actividad de la entidad²³². Frente a ello, sin embargo, entiendo que, del hecho de que la persona jurídica sea, de alguna u otra manera, «motivable»²³³, no se deriva todavía una razón

²²¹ ROBSON, *American Business Law Journal*, (47), 2010, p. 128.

²²² ROBSON, *American Business Law Journal*, (47), 2010, p. 133.

²²³ Al respecto, por todos, KINDLER, *Das Unternehmen als haftender Täter*, 2007, p. 286.

²²⁴ De esa opinión, por todos, KUBICIEL, *ZRP*, (47-5), 2014, pp. 136 ss.; KOHLHOF, *Die Legitimation einer originären Verbandsstrafe*, 2019, pp. 186 ss.

²²⁵ KUBICIEL, *ZRP*, (47-5), 2014, p. 136.

²²⁶ KUBICIEL, *ZRP*, (47-5), 2014, p. 136.

²²⁷ KOHLHOF, *Die Legitimation einer originären Verbandsstrafe*, 2019, p. 187.

²²⁸ KUBICIEL, *ZRP*, (47-5), 2014, p. 136.

²²⁹ KUBICIEL, *ZRP*, (47-5), 2014, p. 136.

²³⁰ ROBSON, *American Business Law Journal*, (47), 2010, p. 127.

²³¹ KAUFMANN, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2.^a ed., 1976, p. 116.

²³² Sobre este planteamiento, véase, por todos, SCHWINGE, *Strafrechtliche Sanktionen gegenüber Unternehmen im Bereich des Umweltstrafrechts*, 1996, p. 104, quien alude al planteamiento ofrecido por ROTBERG en el marco de la 40. *Deutsche Juristentag* (1953).

²³³ Así, EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, 1994, p. 201, quien señala: «Dado que la asociación actúa a través de personas físicas, su motivación es fundamental: al igual que la imposición de una multa —cuya capacidad motivadora, por cierto, nunca se ha cuestionado seriamente— y cualquier pérdida financiera de una empresa basada en otras causas afecta a su política comercial, una sanción puede influir en la comunidad social “empresa” y en todos los individuos que la componen —socios, órganos y demás empleados— en lo que respecta a su comportamiento futuro».

suficiente para legitimar la imposición de la pena desde la perspectiva de la retribución²³⁴. Esto es así pues el contenido de sentido de lo que se conoce como «pena» no radica solo en el hecho de la imposición de un mal (la privación estatal de un derecho innato²³⁵), sino también en el hecho de que la imposición de ese mal se produce porque el comportamiento en cuestión merece una desaprobación o censura («Tadel»)²³⁶ por un comportamiento incorrecto. La persona jurídica no solo no tiene derechos innatos –a ella solo se puede afectar derechos adquiridos²³⁷–, sino que, por operar con «indiferencia normativa»²³⁸, es ajena al código «correcto-incorrecto» y, más bien –como ya se dijo–, se asocia de mejor manera con el código «beneficio-perjuicio». La «motivación» de la persona jurídica, entonces, «no alcanza» para legitimar la reacción estatal que recae sobre ella desde la perspectiva de la retribución y, por tanto, esa reacción no puede ser una pena en sentido estricto²³⁹.

Una segunda objeción tiene que ver con la consideración de que es posible asignar a la persona jurídica la condición de ciudadano al que se le puede sancionar penalmente por incumplir un deber de cooperación con el ordenamiento jurídico²⁴⁰. Este planteamiento implica defender una vinculación entre ciudadanía y culpabilidad (jurídico-penal)²⁴¹. Sin embargo, la persona jurídica, por su naturaleza formal e instrumental, no puede tener la condición de ciudadano y, por tanto, la de sujeto del Derecho penal (del delito y de la pena). Si lo acabado de indicar se admite, corresponde rechazar aquellos planteamientos que proponen la comprensión de la persona jurídica como «sujeto político», esto es, como un ente con capacidad de agencia política o con posibilidad de «expresarse en la así llamada *public square*»²⁴². Aunque pudiera admitirse que las personas jurídicas participan en la esfera pública²⁴³, de ello no fluye la admisión de un «derecho a participar en el proceso político de formación de la voluntad pública»²⁴⁴ (lo que supondría, por ejemplo, conceder el derecho al voto), pues eso supondría un tratamiento igual al que corresponde a una persona física²⁴⁵. Una persona jurídica –a la que se le podría reconocer una

²³⁴ WOHLERS, en KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK (eds.), *Unternehmensstrafrecht*, 2012, p. 247.

²³⁵ GRECO, GA, 2015, p. 513.

²³⁶ HÖRNLE/VON HIRSCH, «Positive Generalprävention und Tadel», *Goldammer's Archiv für Strafrecht*, 1995, pp. 271 ss.

²³⁷ GRECO, GA, 2015, p. 514.

²³⁸ SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität ohne Strafrecht?*, 2013, p. 455.

²³⁹ WOHLERS, en KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK (eds.), *Unternehmensstrafrecht*, 2012, p. 247. Ahora bien, incluso si tal «motivabilidad» existiera, requiere siempre de la referencia a las conciencias individuales, esto es, necesita de personas físicas. Esto se revela en el planteamiento de LAUFER/STRUDLER, *American Criminal L. Rev.*, (37), 2000, p. 1309, quienes señalan: «nuestra postura consiste en que la intencionalidad corporativa (*corporate intentionality*) y la acción puede encontrarse en: (1) agentes cuyas acciones e intenciones están relacionadas entre ellas de tal manera que ellos asumen las características de una forma corporativa; (2) agentes cuyo estatus en la organización es tal que sus acciones e intención son de la organización; y (3) aspectos de la organización, como políticas, objetivos y prácticas, que reflejan no solo la suma total de las intenciones de los agentes individuales, sino, en su lugar, atributos y condiciones de la corporación que hacen posible que esos agentes cooperen y colaboren en formas legalmente problemáticas».

²⁴⁰ PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, 2012, pp. 116 ss.

²⁴¹ Según GÜNTHER, K., «Nulla poena sine culpa and corporate personhood», *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, (98), 2015, p. 371, la responsabilidad moral aún no es suficiente para legitimar la responsabilidad penal y, por ello, la pena. La responsabilidad penal requiere algo más: el estatus de ciudadano «que tiene un derecho político igual a participar en la legislación».

²⁴² SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität ohne Strafrecht?*, 2013, p. 447.

²⁴³ GÜNTHER, K., *KritV*, (98), 2015, p. 373.

²⁴⁴ GÜNTHER, K., *KritV*, (98), 2015, p. 373.

²⁴⁵ GÜNTHER, K., *KritV*, (98), 2015, p. 374.

ciudadanía económica, pero no política²⁴⁶– con influencia en asuntos públicos es, en realidad, un «efecto nocivo a neutralizar»²⁴⁷ y no algo a lo cual otorgar «carta de juridicidad»²⁴⁸.

Una tercera crítica exige recordar uno de los principios fundamentales de la retribución: el no castigo a un inocente. Pues bien, una «pena» que se impone a la persona jurídica supondría el castigo de inocentes: en la doctrina anglosajona se ha indicado que los accionistas y empleados serían materialmente castigados, resultado que no puede ser visto como «colateral» o «secundario»²⁴⁹. En esa línea, en aquella doctrina se ha dicho, críticamente, que no reconocer ello supondría «atribuir al velo corporativo poderes mágicos»²⁵⁰ o, incluso, de manera más directa, que «[lo] vergonzoso de la responsabilidad penal de la persona jurídica consiste en castigar al inocente junto con el culpable»²⁵¹. Esta objeción –bien conocida en la doctrina alemana²⁵²–, ha sido calificada como una «contravención al principio general de justicia»²⁵³. Por tanto, se trataría, sin más, de una especie de «pena colectiva»²⁵⁴. Sucede que la persona jurídica, al carecer de la capacidad de «retener» la reacción jurídica estatal (la «pena» que ella se impone), esta se «filtra» siempre a las personas físicas situadas al interior de su estructura²⁵⁵. Y frente a ello no se podría decir, como parece ser usual, que en el caso de una pena impuesta a una persona física también hay un efecto «colateral» que recae sobre los familiares del penado²⁵⁶. Esto no justifica ni legitima nada (de hecho, ni siquiera son casos análogos²⁵⁷) pues, en realidad, supone pasar por alto que, en el caso de la persona física penada, la afectación a su familia es solo un «reflejo de la pena»²⁵⁸, pero, en el caso de la persona jurídica «penada», es sobre los propios accionistas y empleados, integrantes de la entidad colectiva (que no han intervenido en delito alguno y que tampoco

²⁴⁶ GÜNTHER, K., *KritV*, (98), 2015, p. 374.

²⁴⁷ CIGÜELA SOLA, «Cultura corporativa, *compliance* e injusto de la persona jurídica: aproximación criminológica y jurídico-penal», *La Ley Compliance Penal*, (2), 2020, p. 13.

²⁴⁸ CIGÜELA SOLA, *La Ley Compliance Penal*, (2), 2020, p. 13.

²⁴⁹ ALSCHULER, *American Criminal L. Rev.*, (1359), 2009, p. 1359.

²⁵⁰ DAN-COHEN, «Sanctioning Corporations», *Journal of Law and Policy*, (19), 2010, p. 35.

²⁵¹ ALSCHULER, *American Criminal L. Rev.*, (1359), 2009, p. 1367.

²⁵² Al respecto, SCHMITT, R., *Strafrechtliche Massnahmen gegen Verbände*, 1958, pp. 215 ss., en su célebre crítica al carácter represivo de la multa, concluyó diciendo: «En la medida en que, de lege lata, se imponen multas a las asociaciones, se trata en realidad de un mal injustificado que se impone a los miembros inocentes de la asociación».

²⁵³ SCHWINGE, *Strafrechtliche Sanktionen gegenüber Unternehmen im Bereich des Umweltstrafrechts*, 1996, p. 105.

²⁵⁴ WOHLERS, en KEMPF/LÜDERSEN/VOLK (eds.), *Unternehmensstrafrecht*, 2012, p. 234.

²⁵⁵ Así, ROBLES PLANAS, *Diario La Ley*, (7705), 2011, p. 9, que destaca que esa «filtración» afecta particularmente a los titulares de la persona jurídica, «sin que quede entonces limitada a la persona o personas físicas que han cometido el hecho delictivo o que realmente tienen capacidad organizativa». En ese sentido, agrega: «Ningún Derecho penal basado en la culpabilidad tendría tentaciones de acoger un modelo así, si es que quiere seguir siendo exactamente lo que afirma ser».

²⁵⁶ FISSE, *Southern California L. Rev.*, (56), 1983, p. 1175. En esa línea, propone una «normalización» de ese «efecto colateral», NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2008, p. 108.

²⁵⁷ En ese sentido, CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal*, 2015, p. 233, quien dice que «la sanción a la empresa para motivar a los administradores no equivale a la sanción de un padre que afecta al resto de familiares; equivale, más bien, a una sanción de la familia para motivar al padre».

²⁵⁸ SCHÜNEMANN, «Das Schuldprinzip und die Sanktionierung von juristischen Personen und Personenverbänden. Lehren aus dem deutsch-spanischen Strafrechtsdialog», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2015, p. 279.

pudieron evitarlo²⁵⁹), que recaer directamente²⁶⁰ el peso de una «pena»²⁶¹ que, sin embargo, no se legitima frente a ellos con la excusa de que aquella se impone a otro (a la persona jurídica)²⁶².

Frente a ello se podría decir que, en realidad, el efecto «fáctico»²⁶³ o «mediato»²⁶⁴ sobre los inocentes es intencionado²⁶⁵: dado que la persona jurídica solo puede actuar a través de otros (por ejemplo: los integrantes de su órgano de dirección), la «pena» ha de tener efectos, también, sobre ellos²⁶⁶. Sin embargo, ello tendría sentido únicamente para quienes, precisamente, tienen ese poder de dirección, los que, presumiblemente, han de integrar un grupo reducido de personas físicas. Los accionistas y empleados no están situados en ese grupo y, de hecho, dentro de los márgenes de este, no todos los directivos tienen el mismo poder de decisión. En todo caso, incluso si se sostuviera que el mencionado efecto es intencionado, se trataría del único caso en el Derecho penal (si es que se admitiera una «pena» para la persona jurídica) en el que «el objetivo real sea una punición de terceros»²⁶⁷.

Finalmente, como ya se dijo antes, la comprensión de la pena como institución sostenida en una desaprobación ético-social revela que su destinatario se ha de haber comportado de manera culpable: se ha decidido por el injusto cuando pudo decidirse por el Derecho. Si en la persona jurídica «no hay auto, sino hetero-conducción»²⁶⁸, entonces la persona jurídica no puede elegir ni mucho menos ser culpable por una determinada «decisión»²⁶⁹. Y si no hay culpabilidad, entonces no hay nada que retribuir mediante una pena²⁷⁰. Desde la perspectiva del planteamiento de la retribución, solo se podría clasificar a la reacción estatal contra la persona jurídica como «pena», si es que ella fuera capaz de culpabilidad. Esto, como se ha visto, no sucede. Una pena, desde la perspectiva de la retribución, «pierde su específico contenido de sentido»²⁷¹ si es que aquella no se sostiene en la culpabilidad. Por todos estos motivos, se ha dicho que las finalidades de la pena no podrían ser alcanzadas en el caso de la persona jurídica, sobre todo, cuando se habla de la teoría de la retribución²⁷². Y esto es así pues, desde la perspectiva de esta teoría, la

²⁵⁹ SCHÜNEMANN, «La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea», en ARROYO ZAPATERO *et al.* (eds.), *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, 1995, p. 588.

²⁶⁰ GÓMEZ MARTÍN, «Penas para personas jurídicas: ¿ovejas con piel de lobo?», en LANDA GOROSTIZA (dir.), *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015*, 2017, p. 273.

²⁶¹ WEIGEND, en LEHMKUHL/WOHLERS (eds.), *Unternehmensstrafrecht. Materiellrechtliche und prozessuale Aspekte*, 2020, p. 301, habla de una «pena adicional» que recaer sobre la persona física.

²⁶² SCHÜNEMANN, *GA*, 2015, p. 279.

²⁶³ HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken*, 1995, p. 309.

²⁶⁴ FREIER, *Kritik der Verbandsstrafe*, 1998, p. 243.

²⁶⁵ KINDLER, *Das Unternehmen als haftender Täter*, 2007, p. 308.

²⁶⁶ WOHLERS, en KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK (eds.), *Unternehmensstrafrecht*, 2012, p. 237.

²⁶⁷ TRÜG, «Was kann und soll ein Unternehmensstrafrecht bei der Sanktion leisten?», en JAHN/SCHMITT-LEONARDY/SCHOOP (eds.), *Das Unternehmensstrafrecht und seine Alternativen*, 2016, p. 326.

²⁶⁸ SILVA SÁNCHEZ, *REDEPEC*, (1), 2023, p. 20.

²⁶⁹ De hecho, una «decisión» de la persona jurídica es solo una palabra que resume «un discurrir de acontecimientos [...] una multiplicidad difusa –en términos sincrónicos como diacrónicos– de hechos de personas físicas que dan lugar a un estado de cosas». Así, SILVA SÁNCHEZ, *REDEPEC*, (1), 2023, p. 20.

²⁷⁰ DROPE, *Strafprozessuale Probleme bei der Einführung einer Verbandsstrafe*, 2002, p. 323.

²⁷¹ WOHLERS, en KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK (eds.), *Unternehmensstrafrecht*, 2012, p. 246.

²⁷² KINDLER, *Das Unternehmen als haftender Täter*, 2007, p. 286.

negación de la capacidad de culpabilidad repercute directamente en la negación de la capacidad de pena²⁷³.

3. Conclusiones

Los argumentos antes expuestos revelan una y la misma cosa: que la «pena» de la persona jurídica se refiere, en realidad, a la persona física. En efecto, a veces la «pena» dice dirigirse a la persona jurídica pero, en realidad, se dirige a la persona física (prevención general negativa); a veces la «pena» no puede cumplir la función que teóricamente se le asigna por ser estructuralmente incompatible con ella y, más bien, la «pena» que sí cumpliría esa función solo lo haría si se dirigiera a la persona física (prevención especial positiva); a veces la «pena» se concentra en la peligrosidad instrumental u organizativa de la persona jurídica y pretende neutralizarla de tal manera que no se convierta en un entorno útil para que la persona física cometa nuevos delitos (prevención especial negativa); a veces, la «pena» para la persona jurídica necesita de condiciones que solo se pueden identificar en la persona física (prevención general positiva, retribución), y, a veces, la «pena», pese a imponerse a la persona jurídica, desencadena efectos materiales («fácticos» o «mediatos») sobre la persona física sin que esa imposición se haya legitimado frente a esta (retribución). Por lo dicho, la «pena» a la persona jurídica no puede lograr las finalidades que por lo general se le asigna a la pena (en virtud de las teorías de la pena) en el Derecho penal por el simple hecho de que su destinatario (la persona jurídica) carece de las condiciones necesarias para ello. La caracterización de la reacción estatal contra la persona jurídica como una «pena», justificada solo en la necesidad de asignarle a tal reacción un puro efecto expresivo –e incluso, pese a admitir que tal reacción apunta en última instancia a una voluntad individual (de la persona física)²⁷⁴–, podrá ser «técnicamente eficiente en la ingeniería social, pero nunca una sanción penal»²⁷⁵.

Ahora bien, pese a que el CP español hable de «penas» para la persona jurídica, se debe tener claro, por las reflexiones expuestas, que aquellas no son penas «en sentido estricto»²⁷⁶: más bien podrían ser entendidas como medidas «que se [imponen] por una condena a causa de un hecho penal»²⁷⁷. Aunque se sostenga, frente a lo acabado de indicar, que la voluntad del legislador ya ha cerrado la discusión (y, solo porque él lo dice, *societas puniri potest*), nada obliga a considerar a aquellas «penas» como penas en sentido estricto, pues esa voluntad –concretada en una específica regulación (los arts. 31 bis al 31 *quinquies* del CP español)– no puede ser expresada de

²⁷³ Al respecto, por todos, SCHMITT, R., *Strafrechtliche Massnahmen gegen Verbände*, 1958, pp. 196 ss.; SCHWINGE, *Strafrechtliche Sanktionen gegenüber Unternehmen im Bereich des Umweltstrafrechts*, 1996, p. 105; DROPE, *Strafprozessuale Probleme bei der Einführung einer Verbandsstrafe*, 2002, p. 70; KINDLER, *Das Unternehmen als haftender Täter*, 2007, p. 105; CUELLO CONTRERAS, «El significado de la acción (u omisión) de la persona física para la responsabilidad penal de la persona jurídica», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (15-3), 2013, p. 23.

²⁷⁴ Así, por todos, ACKERMANN, *Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen*, 1984, p. 198, refiriéndose a la «pena» de la persona jurídica, dice: «[...] la imposición de una sanción a la persona jurídica tiene el efecto de *influir indirectamente en las voluntades individuales* y, de este modo, provoca una reorientación en el proceso de formación de la voluntad de la persona jurídica» (cursiva agregada). Por su parte, NIETO MARTÍN, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 2008, p. 23, indica: «Las sanciones penales contra personas jurídicas comparten con las medidas de seguridad que su finalidad primordial es la autorregulación –en términos clásicos, un tipo de corrección– de quien va a ser sancionado, pero comparten con la pena que ello se realiza indirectamente, a través de *la motivación del substrato humano* que integra la persona jurídica» (cursiva agregada).

²⁷⁵ VAN WEEZEL, *Polít. Crim.*, (5), 2010, p. 115.

²⁷⁶ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *REDEPEC*, (2), 2023, p. 27.

²⁷⁷ DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, *REDEPEC*, (2), 2023, p. 27.

manera independiente del ordenamiento jurídico en el que aquella se integra y, principalmente, no puede ser comprendida sustrayéndose del contexto científico desarrollado a partir de los esfuerzos de la dogmática jurídica, que es, precisamente, no solo la que hace posible que el Derecho pueda ser enseñado, aprehendido y aplicado²⁷⁸, sino también, la que, en definitiva, hace que el Derecho sea tal en virtud de su aplicación conforme a la Razón, proscribiendo la arbitrariedad. Como ha señalado célebremente NAGLER: «Quien lucha contra la confusión de conceptos lo hace por la causa en sí, no por juego dialéctico y, cuanto más claro tenga el concepto de pena, más decididamente se comprometerá con la causa»²⁷⁹.

Finalmente, una «pena» para la persona jurídica no es posible ni conveniente. No es posible porque la persona jurídica no es destinatario idóneo de una (genuina) pena. Y si esto es así, la persona jurídica no puede ponerse en pie de igualdad con la persona física desde la perspectiva de la pena como reacción estatal institucionalizada. La persona física no puede ser instrumentalizada bajo ningún concepto (esto supondría afectar su dignidad), pero la persona jurídica es, por antonomasia, un instrumento, el mismo que puede ser vendido, dividido o suprimido, siempre según la voluntad de quienes la controlan, la administran y la dirigen. La instrumentalización de las personas jurídicas es inevitable: ellas son, por definición, «instrumentos para obtener ciertos fines»²⁸⁰. La infracción de la «prohibición de instrumentalización» es inevitable en el ámbito de la persona jurídica.

Asimismo, la «pena» para la persona jurídica no es conveniente porque la admisión institucional de aquella (en la forma de un «Derecho penal de la persona jurídica») produciría un «efecto retroactivo indeseado»²⁸¹ en el Derecho penal de la persona física: llamar «pena» a la reacción contra la persona jurídica generaría la falsa impresión de que se pueden imponer penas sin culpabilidad, es decir, permitiría la aparición de la incorrecta idea de una posible pena sin culpabilidad²⁸² y, por lo tanto, supondría la aparición del riesgo de que la culpabilidad dejara de ser considerada como una condición de legitimación para la imposición de una pena²⁸³. Y esto, a mi juicio, no se subsana con la formulación de, por ejemplo, un concepto de culpabilidad (como el de la culpabilidad por el carácter²⁸⁴) que no podría tener lugar en un genuino Derecho penal (el de la persona física). Que se quiera mantener a la pena como consecuencia jurídica para dos formas de responsabilidad (la de la persona física y la de la persona jurídica) que tienen presupuestos claramente divergentes²⁸⁵, revela también el peligro de degradación de la (genuina)

²⁷⁸ SEELMANN, «Punibilidad de la empresa: causas, paradojas y consecuencias», *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, (3), 2002, p. 352.

²⁷⁹ NAGLER, *Die Strafe. Eine juristisch-empirische Untersuchung*, 1918, p. 6.

²⁸⁰ VAN WEEZEL, *Polít. Crim.*, (5), 2010, p. 115.

²⁸¹ VOLK, *JZ*, (48-9), 1993, p. 435.

²⁸² GRECO, *GA*, 2015, p. 515.

²⁸³ Que esto es así no es una mera elucubración: es absolutamente comprobable en algunos ordenamientos jurídicos en los que, así como se reconocen penas para las personas jurídicas, se admiten también ciertas penas sin culpabilidad para las personas físicas. Así, el Derecho anglosajón reconoce tanto la *strict liability* como la *vicarious responsibility*, la «*Felony murder rule*» o la *Pinkerton doctrine*.

²⁸⁴ MAÑALICH, *REDEPEC*, (5), 2024, pp. 44 ss.

²⁸⁵ A favor de esto, FEIJÓO SÁNCHEZ, *Revista Derecho & Sociedad*, (64), 2025, p. 4, quien distingue entre una responsabilidad penal (esta sería la que corresponde a la persona jurídica) y responsabilidad criminal (la de la persona física).

responsabilidad penal²⁸⁶ –y de la (genuina) pena²⁸⁷–. La «pena» (así, con comillas) sin culpabilidad de hoy (para la persona jurídica) puede ser la pena (así, sin comillas) sin culpabilidad de mañana (para la persona física). No es conveniente, por tanto, llamar «pena» a algo que no lo es.

4. Bibliografía

ACKERMANN, *Die Strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und in ausländischen Rechtsordnungen*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 1984.

ALFARO ÁGUILA-REAL, «Personalidad jurídica y penas», *InDret*, (3), 2024, pp. 446-481.

ALPACA-PÉREZ, «Sobre la imposición de la pena como retribución», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (22-21), 2020, pp. 1-43.

ALSCHULER, «Two Ways to Think about the Punishment of Corporations», *American Criminal Law Review*, (1359), 2009, pp. 1359-1392.

ANDERSON/WAGGONER, *The Changing Role of Criminal Law in Controlling Corporate Behavior*, Rand Corporation, Santa Monica, 2014.

BENTHAM, *An Introduction to the Principles of Morals and Legislation*, T. Pyne and Son at the Mews-Gate, London, 1780.

BERTOSSA, *Unternehmensstrafrecht – Strafprozess und Sanktionen*, Stämpfli, Bern, 2003.

BUCY, «Organizational Sentencing Guidelines: The Cart Before The Horse», *Washington University Law Quarterly*, (71), 1993, pp. 329-355.

CIGÜELA SOLA, «Cultura corporativa, *compliance* e injusto de la persona jurídica: aproximación criminológica y jurídico-penal», *La Ley Compliance Penal*, (2), 2020, pp. 1-21.

———, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal. Crítica y propuesta de una responsabilidad estructural de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2015.

COFFEE, «Corporate Criminal Liability: An Introduction and Comparative Survey», en ESER/HEINE/HUBER (eds.), *Criminal Responsibility of Legal and Collective Entities. International Colloquium. Berlin, May 4-6, 1998*, Iuscrim, Freiburg in Breisgau, 1999, pp. 9-37.

———, «“No Soul to Damn: No Body to Kick”: An Unscandalized Inquiry into the Problem of Corporate Punishment», *Michigan Law Review*, (386), 1981, pp. 386-459.

CUELLO CONTRERAS, «El significado de la acción (u omisión) de la persona física para la responsabilidad penal de la persona jurídica», *Revista Electrónica de Ciencia Penal y Criminología*, (15-03), 2013, pp. 1-25.

²⁸⁶ CIGÜELA SOLA, *La culpabilidad colectiva en el Derecho penal*, 2015, p. 210, señala, sobre los modelos de «culpabilidad por el carácter», que «lo que es indiscutible es que de lo que se está hablando es de un discurso jurídico totalmente diverso al de la culpabilidad de las personas físicas».

²⁸⁷ WEIGEND, en LEHMKUHL/WOHLERS (eds.), *Unternehmensstrafrecht*, 2020, p. 301.

CUGAT MAURI, «La reforma de la responsabilidad penal de las personas jurídicas: el papel del juez ante el peligro de hipertrofia de las compliance», *Estudios Penales y Criminológicos*, (35), 2015, pp. 919-963.

DAN-COHEN, «Sanctioning Corporations», *Journal of Law and Policy*, (19), 2010, pp. 15-43.

DANNECKER, «Zur Notwendigkeit der Einführung kriminalrechtlicher Sanktionen gegen Verbände. Überlegungen zu den Anforderungen und zur Ausgestaltung eines Verbandsstrafrechts», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2001, pp. 101-130.

DE LA CUESTA ARZAMENDI, «Penas para las personas jurídicas en el Código Penal español», en GÓMEZ COLOMER (dir.)/MADRID BOQUÍN (coord.), *Tratado sobre Compliance penal. Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Modelos de Organización y Gestión*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2019, pp. 67-99.

DÍAZ Y GARCÍA CONLLEDO, «Reflexiones sobre el núcleo de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal español y algunos cabos sueltos», *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Compliance*, (2), 2023, pp. 1-34.

DROPE, *Strafprozessuale Probleme bei der Einführung einer Verbandsstrafe*, Duncker & Humblot, Berlin, 2002.

DUST, *Täterschaft von Verbänden*, Duncker & Humblot, Berlin, 2019.

EDGERTON, «Corporate Criminal Responsibility», *Yale Law Journal*, (36), 1927, pp. 827-844.

EHRHARDT, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe. Sanktionen gegen Juristische Personen nach deutschem und US-amerikanischem Recht*, Duncker & Humblot, Berlin, 1994.

FARALDO CABANA, «Capítulo 7: Las penas», en JUANES PECES (dir.), *Memento Experto. Responsabilidad penal y procesal de las personas jurídicas*, Francis Lefebvre, Madrid, 2015, pp. 113-163.

FEIJÓO SÁNCHEZ, «¿Responsabilidad estructural versus responsabilidad por el hecho? Filosofía y responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista Derecho & Sociedad*, (64), 2025, pp. 1-21.

———, «La función de la responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho penal español», *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Compliance*, (1), 2023, pp. 1-121.

———, «La estabilización normativa como fin de la pena: ¿puro teatro?», en SILVA SÁNCHEZ *et al.* (eds.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Santiago Mir Puig*, B de F, Montevideo, 2017, 309-321.

———, *El delito corporativo en el Código Penal español. Cumplimiento normativo y fundamento de la responsabilidad penal de las empresas*, 2.ª ed., Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016.

———, «Las consecuencias jurídicas del delito», en BAJO FERNÁNDEZ/FEIJÓO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal*, 2.ª ed., Civitas-Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, pp. 273-296.

FISSE, «Reconstructing Corporate Criminal Law: Deterrence, Retribution, Fault, and Sanctions», *Southern California Law Review*, (56), 1983, pp. 1141-1246.

FISSE/BRAITHWAITE, *Corporations, Crime and Accountability*, Cambridge University Press, Cambridge, 1993.

FEUERBACH, *Lehrbuch des gemeinen in Deutschland gültigen peinlichen Rechts*, 14.^a ed., Georg Friedrich Heyer, Gießen, 1847.

FREIER, *Kritik der Verbandsstrafe*, Duncker & Humblot, Berlin, 1998.

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

GARCÍA CAVERO, *Derecho penal de las personas jurídicas*, Instituto Pacífico, Lima, 2023.

GIL NOBAJAS, «Consideraciones en torno a la imposición y determinación de penas interdictivas a personas jurídicas», en LANDA GOROSTIZA/ORTUBAY FUENTES/GARRO CARRERA (coords.), *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma de 2015*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 285-308.

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

GÓMEZ MARTÍN, «Penas para personas jurídicas: ¿ovejas con piel de lobo?», en LANDA GOROSTIZA (dir.), *Prisión y alternativas en el nuevo Código Penal tras la reforma 2015*, Dykinson, Madrid, 2017, pp. 247-284.

GÓMEZ TOMILLO, «Programas de cumplimiento y política criminal» en BACIGALUPO SAGGESE *et al.* (eds.), *Estudios de Derecho penal. Homenaje al profesor Miguel Bajo*, Editorial Universitaria Ramón Areces, Madrid, 2016, pp. 103-124.

GÓMEZ-JARA DÍEZ, «Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas», en BAJO FERNÁNDEZ/FEIJÓO SÁNCHEZ/GÓMEZ-JARA DÍEZ, *Tratado de responsabilidad penal de las personas jurídicas. Adaptada a la Ley 1/2015, de 30 de marzo por la que se modifica el Código Penal*, 2.^a ed., Civitas – Thomson Reuters, Cizur Menor, 2016, pp. 89-119.

———, *La culpabilidad penal de la empresa*, Marcial Pons, Madrid, 2005.

GRACIA MARTÍN, «Consideraciones críticas sobre las erróneamente supuestas capacidades de infracción y sanción de la persona jurídica en Derecho sancionador administrativo», *Revista Aragonesa de Administración Pública*, (55), 2020, pp. 12-118.

GRECO, «Steht das Schuldprinzip der Einführung einer Strafbarkeit juristischer Personen entgegen? Zugleich Überlegungen zum Verhältnis von Strafe und Schuld», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2015, pp. 503-516.

GÜNTHER, K., «Nulla poena sine culpa and corporate personhood», *Kritische Vierteljahresschrift für Gesetzgebung und Rechtswissenschaft*, (98), 2015, 360-376.

———, «Die symbolisch-expressive Bedeutung der Strafe – Eine neue Straftheorie jenseits von Vergeltung und Prävention?», en PRITTWITZ *et al.* (eds.), *Festschrift für Klaus Lüderssen zum 70. Geburtstag am 2. Mai 2002*, Nomos, Baden-Baden, 2002, pp. 205-220.

HAMDANI/KLEMENT, «Corporate Crime and Deterrence», *Stanford Law Review*, (61), 2008, pp. 271-310.

HEINE, *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen. Von individuellem Fehlverhalten zu kollektiven Fehlentwicklungen, insbesondere bei Großrisiken*, Nomos, Baden-Baden, 1995.

HENNING, «Should The Perception of Corporate Punishment Matter?», *Journal of Law and Policy*, (19), 2010, pp. 83-93.

———, «Corporate Criminal Liability and the Potential for Rehabilitation», *American Criminal Law Review*, (46), 2009, pp. 1417-1436.

HENSE, *Die prozessuale Stellung des Unternehmens bei der Festsetzung einer Unternehmensgeldbuße nach § 30 OwiG. Eine Bestandaufnahme des geltenden Verfahrensrechts und Lösungsvorschläge de lege ferenda*, Duncker & Humblot, Berlin, 2019.

HIRSCH, H.-J., «La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas», trad. por Ziffer, *Anuario de Derecho Penal y Ciencias Penales*, (46-3), 1993, pp. 1100-1124.

HÖRNLE/VON HIRSCH, «Positive Generalprävention und Tadel», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1995, pp. 261-282.

JAKOBS, *Derecho Penal. Parte General. Fundamentos y teoría de la imputación*, 2.^a ed., trad por Cuello Contreras/Serrano González de Murillo, Marcial Pons, Madrid, 1997.

KAUFMANN, *Das Schuldprinzip. Eine strafrechtlich-rechtsphilosophische Untersuchung*, 2.^a ed., Carl Winter, Heidelberg, 1976.

KINDLER, *Das Unternehmen als haftender Täter*, Nomos, Baden-Baden, 2007.

KÖHLER, «Straffähigkeit der juristischen Person», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 1917, pp. 500-506.

KOHLHOF, *Die Legitimation einer originären Verbandsstrafe. Eine straftheoretische Untersuchung*, Duncker & Humblot, Berlin, 2019.

KUBICIEL, «Verbandsstrafe – Verfassungskonformität und Systemkompatibilität», *Zeitschrift für Rechtspolitik*, (47-5), 2014, pp. 133-137.

KULHANEK, «Der fragmentarische Charakter des Strafrechts als Argumentationsfigur. Exemplifiziert an der Frage nach einem Deliktskatalog für eine Verbandsstrafbarkeit», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (13), 2014, pp. 674-678.

LARKIN/SEIBLER, «All Stick and No Carrot: The Yates Memorandum and Corporate Criminal Liability», *Stanford Law Review*, (46), 2016, pp. 7-39.

LAUFER/STRUDLER, «Corporate Intentionality, Desert and Variants of Vicarious Liability», *American Criminal Law Review*, (37), 2000, pp. 1285-1312.

LINZEY, «Awakening a Sleeping Giant: Creating a Quasi-Private Cause of Action for Revoking Corporate Charters in Response to Environmental Violations», *Pace Environmental Law Review*, (13), 1995, pp. 219-280.

MAÑALICH, «La responsabilidad penal de las entidades corporativas. Una defensa filosófica del modelo de la culpabilidad por el carácter», *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Compliance*, (5), 2024, pp. 1-64.

MENTOVICH/CERF, «A Psychological Perspective on Punishing Corporate Entities», en BRODOWSKI, /ESPINOZA DE LOS MONTEROS DE LA PARRA/TIEDEMANN/VOGEL (eds.), *Regulating Corporate Criminal Liability*, Springer, New York, 2014, pp. 32-45.

MIR PUIG, «Las nuevas “penas” para personas jurídicas, una clase de “penas” sin culpabilidad», en DE VICENTE REMESAL *et al.* (eds.), *Libro Homenaje al Profesor Diego-Manuel Luzón Peña con motivo de su 70º aniversario*, v. II, Reus, Madrid, 2020, pp. 1337-1345.

MITSCHE, *Recht der Ordnungswidrigkeiten*, 2.ª ed., Springer, Heidelberg, 2005.

MORENO-PIEDRAHÍTA HERNÁNDEZ, *Teoría del delito de las personas jurídicas: bases y esbozo de un sistema conceptual*, tesis doctoral, Universidad de Granada, 2025.

NAGLER, *Die Strafe. Eine juristisch-empirische Untersuchung*, Felix Meiner, Leipzig, 1918.

NEUMANN, «Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Verbänden – rechtstheoretische Prolegomena», en KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK (eds.), *Unternehmensstrafrecht*, De Gruyter, Berlin/Boston, 2012, pp. 13-20.

NIETO MARTÍN, «El artículo 31 bis del Código Penal y las reformas sin estreno», *Diario La Ley*, (8248), 2014, pp. 1-15.

———, «Introducción», en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (dirs.), *El Derecho penal económico en la era Compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 11-29.

———, *La responsabilidad penal de las personas jurídicas: un modelo legislativo*, Iustel, Madrid, 2008.

PAWLIK, *Das Unrecht des Bürgers*, Mohr Siebeck, Tübingen, 2012.

PIETH, «Braucht Deutschland ein Unternehmensstrafrecht?», *Kritische Justiz*, (47), 2014, pp. 276-282.

REYES ALVARADO, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Revista General de Derecho Penal*, (11), 2009, pp. 1-18.

ROBLES PLANAS, «Pena y persona jurídica: crítica del artículo 31 bis CP», *Diario La Ley*, (7705), 2011, pp. 1-30.

ROBSON, «Crime and Punishment: Rehabilitating Retribution as a Justification for Organizational Criminal Liability», *American Business Law Journal*, (47), 2010, pp. 109-144.

ROCA DE AGAPITO, «Sanciones penales a entes colectivos», en ROCA DE AGAPITO (dir.), *Las consecuencias jurídicas del delito*, 3.ª ed., Tirant lo Blanch, Valencia, 2024, pp. 249-265.

ROXIN, «Prävention, Tadel und Verantwortung. Zur neuesten Strafzweckdiskussion», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2015, pp. 185-202.

ROXIN/GRECO, *Strafrecht Allgemeiner Teil*, t. I: *Grundlagen. Der Aufbau der Verbrechenslehre*, 5.ª ed., C. H. Beck, München, 2020.

SÁNCHEZ-OSTIZ, «La acción de las personas jurídicas: límites de una ficción», *La Ley Compliance Penal*, (3), 2020, pp. 1-10.

SCHLÜTER, *Die Strafbarkeit von Unternehmen in einer prozessualen Betrachtung nach dem geltenden Strafprozessrecht*, Peter Lang, Frankfurt am Main, 2000.

SCHMITT, R., *Strafrechtliche Massnahmen gegen Verbände. Gleichzeitig ein Beitrag zur Lehre von den strafrechtlichen Unrechtsfolgen*, Kohlhammer, Stuttgart, 1958.

SCHMITT-LEONARDY, *Unternehmenskriminalität ohne Strafrecht?*, C. F. Müller, Heidelberg, 2013.

SCHNEIDER, M. S., *Zu den neuen Möglichkeiten einer Unternehmenssanktionierung zwischen Ordnungswidrigkeitenrecht und Kriminalstrafrecht*, Duncker & Humblot, Berlin, 2023.

SCHÜNEMANN, «Das Schuldprinzip und die Sanktionierung von juristischen Personen und Personenverbänden. Lehren aus dem deutsch-spanischen Strafrechtsdialog», *Goltdammer's Archiv für Strafrecht*, 2015, pp. 274-283.

———, «Die aktuelle Forderung eines Verbandsstrafrechts – Ein kriminalpolitischer Zombie», *Zeitschrift für Internationale Strafrechtsdogmatik*, (1), 2014, pp. 1-18.

———, «La punibilidad de las personas jurídicas desde la perspectiva europea», trad. por Peñaranda Ramos/Pérez Manzano, en ARROYO ZAPATERO *et al.* (eds.), *Hacia un Derecho penal económico europeo. Jornadas en honor del Profesor Klaus Tiedemann*, Boletín Oficial del Estado, Madrid, 1995, pp. 565-600.

———, *Unternehmenskriminalität und Strafrecht. Eine Untersuchung der Verantwortlichkeit der Unternehmen und ihrer Führungskräfte nach geltendem und geplantem Straf- und Ordnungswidrigkeitenrecht*, Carl Heymanns, Köln, 1979.

SCHWANDER, «Der Einfluss der Fiktions- und Realitätstheorie auf die Lehre von der Strafrechtlichen Verantwortlichkeit der juristischen Personen», en JURISTISCHE FAKULTÄT DER UNIVERSITÄT FREIBURG [SCHWEIZ] (ed.), *Festgabe zum 70. Geburtstag von Max Gutzwiller*, Helbing & Lichtenhahn, Basel, 1959, pp. 603-619.

SCHWINGE, *Strafrechtliche Sanktionen gegenüber Unternehmen im Bereich des Umweltstrafrechts*, Pfaffenweiler, Centaurus-Verlagsgesellschaft, 1996.

SEELMANN, «Punibilidad de la empresa: causas, paradojas y consecuencias», trad. por GARCÍA CAVERO, *Revista Peruana de Doctrina y Jurisprudencia Penales*, (3), 2002, pp. 351-369.

SILVA SÁNCHEZ, «Lo real y lo ficticio en la responsabilidad “penal” de las personas jurídicas», *Revista Electrónica de Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas y Compliance*, (1), 2023, pp. 1-23.

———, «¿“Quia peccatum est” o “ne peccetur”? Una modesta llamada de atención al Tribunal Supremo sobre la “pena” corporativa», *InDret*, (1), 2021, pp. vi-ix.

———, «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho español», en: EL MISMO (dir.)/MONTANER FERNÁNDEZ (coord.), *Criminalidad de empresa y compliance. Prevención y reacciones corporativas*, Atelier, Barcelona, 2013, pp. 15-42.

SILVA SÁNCHEZ/ORTIZ DE URBINA GIMENO, «El art. 31.2 del Código Penal. ¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas o mero aseguramiento del pago de la pena de multa?», *InDret*, (2), 2006, pp. 1-46.

STRATENWERTH, *¿Qué aporta la teoría de los fines de la pena?*, trad. por Sancinetti, Universidad Externado de Colombia, Bogotá, 1996.

———, «Strafrechtliche Unternehmenshaftung?», en GEPPERT/BOHNERT/RENGIER (eds.), *Festschrift für Rudolf Schmitt zum 70. Geburtstag*, Mohr Siebeck, Tübingen, 1992, pp. 295-307.

TIEDEMANN, «Corporate Criminal Liability as a Third Track», en BRODOWSKI *et al.* (eds.), *Regulating Corporate Criminal Liability*, Springer, New York, 2014, pp. 11-18.

———, «El Derecho comparado en el desarrollo del Derecho penal económico», en ARROYO ZAPATERO/NIETO MARTÍN (dirs.), *El Derecho penal económico en la era Compliance*, Tirant lo Blanch, Valencia, 2013, pp. 31-42.

TRÜG, «Was kann und soll ein Unternehmensstrafrecht bei der Sanktion leisten?», en JAHN/SCHMITT-LEONARDY/SCHOOP (eds.), *Das Unternehmensstrafrecht und seine Alternativen*, Nomos, Baden-Baden, 2016, pp. 307-332.

VAN WEEZEL, «Contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas», *Política Criminal*, (5), 2010, pp. 114-142.

VOGEL, «Unrecht und Schuld in einem Unternehmensstrafrecht», en KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK (eds.), *Unternehmensstrafrecht*, De Gruyter, Berlin, 2012, pp. 205-216.

VOLK, «Zur Bestrafung der Unternehmen», *Juristenzeitung*, (48-9), 1993, pp. 429-435.

VON LISZT, «Der Zweckgedanke im Strafrecht», *Zeitschrift für die gesamte Strafrechtswissenschaft*, (3), 1883, pp. 1-47.

WEIGEND, «Verbandssanktionenrecht mit spezialpräventiver Zielsetzung», en LEHMKUHL/WOHLERS (eds.), *Unternehmensstrafrecht. Materiellrechtliche und prozessuale Aspekte*, Helbing Lichtenhahn, Basel, 2020, pp. 297-310.

WEISSMANN/NEWMAN, «Rethinking Criminal Corporate Liability», *Indiana Law Journal*, (82), 2007, pp. 411-451.

WOHLERS, «Strafzwecke und Sanktionsarten in einem Unternehmensstrafrecht», en KEMPF/LÜDERSSEN/VOLK (eds.), *Unternehmensstrafrecht*, De Gruyter, Berlin, 2012, pp. 231-251.

ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, *Fundamentos de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Instituto Pacífico, Lima, 2020.