

SOBRE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS

José Ramón Serrano-Piedecabras Fernández
Profesor Titular de Derecho Penal
Universidad de Salamanca
España

I. EL ESTADO DE LA CUESTIÓN

Von Liszt, llevado por su fino instinto jurídico, preconizaba con cierta premura que a finales del siglo XIX se llegaría a reconocer la responsabilidad penal de las personas jurídicas¹. Han pasado cien años y todo indica que la profecía se va a hacer realidad.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas es hoy un problema de acuciante actualidad. La imparable presencia de la actividad empresarial en el quehacer económico y la creciente actividad delictiva de estos entes en los ámbitos del Derecho Penal Económico y Medioambiental parece que plantean la necesidad de revisar las posiciones tradicionales mantenidas en torno al principio de culpabilidad.

¿Será necesario abandonar el principio de culpabilidad individual? ¿Podrá elaborarse un sistema jurídico penal específico para las personas jurídicas? ¿Bastará el Derecho Administrativo-penal para hacer frente a estas inéditas exigencias?

La progresiva integración económica y política de los países miembros de la Unión Europea añaden una dificultad de mayor envergadura: la armonización normativa de los Estados comunitarios en esta materia.

La búsqueda de una solución que conserve el sentido garantizador y liberal del principio de culpabilidad, junto a la eficaz prevención de las actividades criminales de la empresa, han estado presentes des-

Es innegable que las personas jurídicas desempeñan un rol protagónico en la vida económica y social de las naciones. También es necesario reconocer que este protagonismo se desencadena en situaciones en las que, aprovechando la cobertura legal ofrecida, se observa una creciente actividad delictiva por parte de estos entes colectivos.

En razón de ello, y con el afán de poner freno a esta lamentable tendencia, muchos países de la Comunidad Europea han relegado a un segundo plano la hoy insuficiente sanción administrativa estableciendo la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Sin embargo, países como Alemania y España ofrecen una marcada resistencia a admitir esta responsabilidad aferrándose a la construcción de una longeva teoría del delito que toma como punto de partida el comportamiento y la voluntad humana. El autor del presente artículo, acompañado de una singular perspicacia jurídica, nos propone fórmulas destinadas a acoger urgentemente la responsabilidad de las personas jurídicas y superar los obstáculos que suponen los principios sobre los que se ha edificado con tanto esfuerzo la teoría del delito.

¹ Von Liszt, "Strafrecht", 28 12 (en el mismo sentido, en la primera edición de su manual en 1881)

de hace tiempo en la mente del legislador comunitario².

Ya en el Congreso de Derecho Comunitario sobre **Responsabilidad Penal de las personas jurídicas**, celebrado en Mesina en 1979, se recomienda el reconocimiento de dicha responsabilidad y la elaboración de un sistema represivo que comprenda sanciones de naturaleza penal, administrativa o *sui generis*.

A lo largo de estos últimos años, el Comité de Ministros del Consejo de Europa ha venido realizando propuestas en este sentido. Así, en 1977, aconseja a los Estados miembros la revisión del principio de culpabilidad; en 1981, en 1982 y 1988 se recomienda la adopción de una responsabilidad directa de la empresa, paralela a la que puede exigirse a la persona física.

Asimismo, el Consejo de Europa crea un comité de expertos juristas avocado al estudio de la normalización de la legislación comunitaria sobre la base del reconocimiento de la responsabilidad penal de dichas personas. El 28 de Noviembre de 1986, el comité adopta los siguientes acuerdos: admisión directa de la responsabilidad penal de las empresas y elaboración de una alternativa paralela a la noción tradicional de la culpabilidad mediante la introducción de un sistema de sanciones cuasi-penales.

Todo este cúmulo de sugerencias han ido, poco a poco, reflejándose en los Códigos penales comunitarios.

En Inglaterra e Irlanda del Norte, integrados en el sistema del *Common Law*, este principio ya había sido admitido por vía jurisprudencial desde mediados del pasado siglo. La persona jurídica puede ser declarada responsable de toda clase de delitos que su naturaleza admita.

Desde 1976, el Código Penal holandés reconoce en su artículo 51 dicha posibilidad. La ley italiana de 24 de noviembre de 1981 amplía el catálogo de "consecuencias accesorias" aplicables a la empresa. El Código portugués que entró en vigor en 1983 reconoce en su artículo 11 la responsabilidad penal de la persona individual "salvo disposición en contrario". En Suecia, junto a la confiscación de los beneficios obtenidos ilícitamente por la empresa, se implementa una pena de multa. Por último, en el artículo 121.2 del nuevo

Código Penal francés se reconoce la responsabilidad penal de la persona jurídica.

Sin embargo, las situaciones legislativas alemana y especialmente la española no ofrecen en este terreno cambios substanciales respecto a las posiciones tradicionalmente sostenidas por su doctrina.

En Alemania se dispone por el momento de dos sanciones de carácter administrativo introducidas en 1986: la invalidación de los incrementos patrimoniales obtenidos ilícitamente por la empresa y multa que se puede establecer con independencia de la que corresponda a la persona física que actúa en nombre de la sociedad (§ 29a y § 30 de la Ley de contravenciones). El Código Penal español admite, como se verá, la imposición de medidas de seguridad como la clausura de la empresa para determinados delitos contra la salud pública y la disolución de la asociación por delitos contra la seguridad interior del Estado, si bien la medida se funda en la "peligrosidad de la persona física" que actúa por intermediación de la persona jurídica. El Proyecto de Ley Orgánica del nuevo Código Penal de 1994 tampoco introduce grandes novedades; en el Título VI del Libro Primero se amplía el elenco de "consecuencias accesorias" aplicables a las empresas.

Mi interés, a lo largo de este artículo, se va a centrar sobre el estado de opinión en la doctrina y la situación legal imperante en España y Alemania. Precisamente, el alto desarrollo operado en la teoría del delito en ambos países, en especial en el terreno de la culpabilidad, hace muy difícil compaginar sus sistemas penales con estas nuevas "exigencias". Sin duda, no es una cuestión baladí el abandonar un principio tan costosamente conquistado, como es el de la culpabilidad, aunque sea por razones tan acuciantes como las que se plantean desde el ámbito del Derecho Penal Económico.

II. EL PROBLEMA DE LA COMPATIBILIDAD DE LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURIDICAS CON EL SISTEMA JURÍDICO-PENAL VIGENTE

En Alemania y, sobre todo, en España, la posición tradicional de la doctrina se ha venido decantando por el no reconocimiento de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas³. En este sentido,

² Para más detalles, Barbero, ¿Responsabilidad penal de la Empresa?, en Estudios de Derecho Penal Económico, 1994, p.25 y ss.

³ En España, Bajo Fernandez, "De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas", ADP, 1981, p.371 y ss.; Barbero, "Las medidas de seguridad en el Proyecto de Ley Orgánica de Código Penal", en La Reforma Penal y Penitenciaria, 1980, p.108; Gracia Martín, El actuar en lugar de otro I, Zaragoza, 1985, p.6 y ss.; Mir Puig, Derecho Penal, P.G. 1990, p.184 y ss.; Muñoz Conde/García Aran, Derecho Penal. Parte General, 1993 p.208 y ss.; Zugaldía, "Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la

el pleno del 40º Congreso de Juristas alemanes celebrado en 1953 acordó no recomendar la imposición de penas a estos colectivos, ya que contradecía el principio de culpabilidad fundado en la responsabilidad personal⁴.

No obstante, a instancias del Derecho Penal Económico y Medioambiental surge recientemente en Alemania una creciente corriente de opinión favorable a exigir responsabilidades penales a las sociedades mercantiles⁵. Este cambio de criterios operados en la doctrina durante los últimos cuarenta años se puso en evidencia durante el Congreso de Profesores de Derecho Penal de lengua alemana celebrado en 1993 en la ciudad de Basilea⁶ y en el Congreso de Derecho Comparado celebrado en Atenas en 1994.

Varios son los argumentos manejados por la doctrina en favor de la imposición de sanciones penales a las empresas mercantiles. Entre ellos se destacan los siguientes:

- a) Dado el papel preminente que juegan hoy día estos entes en la vida económica y social, se observa un creciente número de delitos cometidos aprovechando su cobertura. Así, en la Alemania de la década de los setenta el 75 por ciento de los casos más graves de delincuencia económica se realizaron a través de estos entes colectivos⁷.
- b) Se considera insatisfactorio, que siendo la empresa mercantil la autora real de la infracción, sean

las personas físicas que actúan en su nombre y no directamente ella, las que soporten las consecuencias del delito cometido.

- c) Se hace hincapié en el hecho de que el monto de la multa impuesta a la persona física es naturalmente inferior a la que correspondería si la misma fuese impuesta en forma directa al ente.

- d) Se destacan los escasos efectos preventivos de la multa impuesta por vía administrativa. Son numerosos los precedentes en los que la empresa ofrece a su directivo una compensación económica por la sanción impuesta, cuando éste haya antepuesto a la observancia del "deber de vigilancia" la defensa de los intereses de la empresa⁸.

- e) Asimismo, dada la enorme amplitud y complejidad de algunas empresas resulta muy difícil la individualización del culpable. Considérese, por ejemplo, lo que sucede en la transmisión de Know-How tecnológico realizado entre dos empresas y sujeto a un régimen de confidencialidad. Dado que esta clase específica de Know-How consiste en la transmisión de todo un "proceso industrial"⁹, resulta imposible que, salvo en aspectos puntuales, un directivo u otro empleado pueda apropiarse ilícitamente del secreto. Sólo la empresa receptora del "Know-How tecnológico" es la que estaría capacitada para hacerlo¹⁰.

- f) Tampoco resulta satisfactorio que la confiscación de las ganancias obtenidas ilícitamente se orde-

fórmula tradicional "*societas delinquere non potest*", CPC, 11, 1980, p.86 y ss. En Alemania, Cramer, en Schönke/Schröder, StGB, 24. ed. 1991, Vor §25; Jescheck, Tratado de Derecho Penal, P.G., Traduc. de Mir Puig/Muñoz Conde, 1981, p.299 y ss.; Maurach/Zipf, *Strafrecht, Allg. Teil*, t.I, 8ª ed., 1992, p.187 y ss.; Roxin, *Strafrecht, Allg. Teil*, t.I, 1992, §8; Schmidhäuser, *Strafrecht, Allg. Teil, Studienbuch*, 2ª ed., 1984, p. 83 y ss.

⁴ Cf. *Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages*, t.II, 1953, E 84,86. En el mismo, véase, Engisch E 7, 23 y ss.

⁵ En Alemania, Baumann/Weber, *Strafrecht, Allg. Teil*, 9ª ed. 1985, p.196; Ehrhardt, *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe*, 1994, p.175 y ss.; Hirsch, *Die Frage der Straffähigkeit von Personenverbänden*, en Rhein-Westf. *Akademie der Wissenschaften*, 1993, p.21 y ss.; Jakobs, *Strafrecht, Allg. Teil*, 2ª ed. 1991, 6/44 y ss.; H.-J. Schroth, *Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte*, 1993, p.221 y ss.; Tiedemann, *Wirtschaftsstrafrecht I*, 1976, p.204 yss. Acerca de las sanciones penales a las empresas y el cuestionamiento del injusto en su sentido tradicional, véase Stratenwerth en Schmitt-Festschrift, 1992, p.295,304.

⁶ El debate que siguió a la ponencia de H. Altwart, *Strafrechtliche Haftung des Unternehmens vom Unternehmenstätter zum Täterunternehmen*, está recogida en ZStW 105, 1993, 752 y ss.; Vitt, ZStW 105, 1993, 803, 813 y ss.

⁷ Kaiser, *Die Bedeutung der Wirtschaftskriminalität in der BDR*. En: *Kriminalistik*, 1978. Existe versión en español, "Criminología", Traduc. J. Belloch, de la 2ª ed. alemana, 1978.

⁸ Schünemann, ¿Ofrece la reforma del Derecho Penal Económico alemán un modelo o escarmiento? En: Cuadernos del Consejo del Poder Judicial, "Jornadas sobre la Reforma del Derecho Penal en Alemania", 1991, p.41. Obsérvese, que tanto en Alemania como en España el reintegro o pago por tercero de una multa no implica para el sancionado la evasión de dicha obligación.

⁹ Por todos, Kreis, "La transmission de Know-How entre entreprises industrielles", Paris, 1987, p.25.

¹⁰ Serrano-Piedecasas, "Considerazioni sulla tutela penale del Know-How". En: *Riv. Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, n°2/3 1990, p. 533

ne sobre los bienes de la persona física. En este caso, el único riesgo que corre la empresa se limita a la pérdida de los beneficios obtenidos por la comisión del delito¹¹.

Estas y otras razones son esgrimidas para fundamentar la necesidad de un cambio político-criminal en el tratamiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas. No obstante, aún hoy la mayoría de la doctrina alemana y española es contraria al cambio apoyándose en estos argumentos: 1) la ausencia de capacidad de acción penal de las personas jurídicas; 2) el concepto de culpabilidad individual; y, por último, 3) la propia naturaleza de las penas concebidas para ser aplicadas sólo a las personas físicas. A continuación, paso a considerar su procedencia.

1. La capacidad de acción

En general, aquel sector doctrinal que parte de una noción ontológica de la acción, sea en su versión causal o final, entiende que sólo la persona física posee la necesaria capacidad de realización.

En efecto, desde una perspectiva científico-naturalista se define a la acción (causal) como todo comportamiento humano dependiente de la voluntad y que conlleva la modificación del mundo exterior¹². Asimismo, desde otra perspectiva, ahora fenomenológica, se trata de demostrar que la especificidad de la acción no radica en la causalidad, sino en la finalidad de la misma. Esto es, en la capacidad humana de dirigir (conducir) intencionalmente sus actos a una meta previamente elegida¹³. Así pues, el contenido psicológico o intencional atribuido a la acción determina, en ambos casos, que sólo pueda ser ejercitada por personas físicas.

A la misma conclusión llegan quienes sostienen un concepto social de la acción. En un intento de superación de las posiciones precedentes, y desde una perspectiva funcionalista, es considerada la

acción como "todo comportamiento humano socialmente relevante"¹⁴. Por "comportamiento" se entiende toda posible reacción del hombre reconocible en razón del libre ejercicio de su voluntad. El término "humano" indica que sólo constituyen formas de actuar en sentido jurídico-penal las realizadas por personas individuales. Por último, serán "socialmente relevantes" los comportamientos que afecten a la relación del individuo con su mundo circundante.

Han sido numerosas las críticas que han merecido estos planteamientos debido a sus carencias sistemáticas e incluso lógicas¹⁵.

En efecto, desde una perspectiva que sólo tome en consideración la realidad de los hechos del hombre, es decir desde una realidad prejurídica, se puede conceder a los sistemas propuestos la posibilidad de distinguir, entre todas las acciones que pueda realizar un hombre, aquellas que merecen ser calificadas como "humanas". Pero, esta selección conforma un universo inabarcable de posibles "acciones humanas" irrelevante para el Derecho Penal. La delimitación del concepto jurídico de acción (omisión) no puede realizarse desde alguna propiedad del ser, impulso de la voluntad o finalidad de la acción, sino desde una proposición del deber ser, la norma. Asegurar lo contrario implica manejar argumentos naturalistas o iusnaturalistas consistentes en la construcción de una pseudoinferencia del ser al deber ser. En otras palabras, afirmar que el legislador está vinculado lógicamente a la estructura final de la acción o que la naturaleza óptica (causal) de la acción mantiene una relación de necesidad con el derecho¹⁶.

Asimismo, estos planteamientos se muestran inoperantes respecto a la comprensión de las conductas omisivas. La "omisión voluntaria de un movimiento del cuerpo" como "causa que no impide un cambio del mundo exterior", propugnado por el causalismo como notas distintivas de la omisión, no

¹¹ El § 29a de la *Ordnungswidrigkeitenrecht*, introducido por la Segunda Ley contra la criminalidad económica en Alemania, permite la invalidación de los incrementos patrimoniales obtenidos por los órganos de una persona jurídica mediante la comisión de delitos o infracciones. Hirsch, "Die Frage..." p.6

¹² Beling, "Grundzüge des Strafrechts. Mit einer Anleitung zur Bearbeitung von Strafrechtfällen", 11ª ed., Tübingen 1930.

¹³ Por todos Welzel, *Das deutsche Strafrecht*, 11ª ed. Berlin 1969.

¹⁴ Por todos, Jescheck, Parte General, p.296

¹⁵ Klug, "Die Reine Rechtslehre von Hans Kelsen und die formallogische Rechtfertigung der Kritik an dem Pseudoschluß vom Sein auf das Sollen", En: *Skeptische Rechtsphilosophie und humanes Strafrecht*", t.I. Berlin-Heidelberg-New York, 1981; Serrano-Piedecabras, "Crítica formal del concepto de omisión", ADP, fasc.III, p.980 y ss.

¹⁶ Klug, "Reine Rechtslehre von Hans Kelsen...", p.107 y 108.

describen más que comportamientos pasivos carentes de toda significación jurídico-penal.

El finalismo condiciona la existencia de la omisión a la presencia de "una concreta capacidad de acción final" y a "la ausencia de la realización de esa acción"¹⁷. La concreta capacidad de acción incluye necesariamente "el conocimiento de la situación" por parte del omitente¹⁸. Pues bien, tal exigencia no ofrece mayores problemas en el ámbito de las omisiones dolosas. Sin embargo, aparecen serias dificultades al tratar de incorporarla a la forma básica y más extendida de la imprudencia, la omisión por culpa inconsciente¹⁹.

Así pues, las carencias lógicas y semánticas que presentan los conceptos de la acción causal y final las debilitan para poder fundar sobre ellas el principio según el cual la capacidad de acción sólo puede ser atribuido a las personas físicas.

A su vez, el "sentido social" o "expectativa social" de la acción u omisión conducen a resultados similares. El criterio de selección de las acciones socialmente relevantes, por tanto las únicas para esta teoría con sentido jurídico-penal, lo sitúan en un ámbito extrajurídico. En consecuencia, lo que fundamentaría la responsabilidad penal del omitente sería el haber defraudado la "expectativa social de la acción" dimanante de normas de la ética o del consenso social²⁰. En otras palabras, la existencia de la omisión en sentido jurídico se encuentra ya fundada en la defraudación de esa expectativa extrajurídica. Esta conclusión a la que se llega no es correcta. Como dice Schünemann, el Derecho es sólo un sistema de normas con eficacia social entre otros muchos, la relevancia social por sí sola no significa nada para el mismo. Es perfectamente admisible que el Derecho Penal o el Derecho Administrativo Penal creen omisiones que antes no existían²¹.

Por tanto, tampoco el concepto de la acción social constituye una base sólida sobre la que basar la falta

de capacidad de acción en sentido penal de las personas jurídicas.

En la actualidad, la mayor parte de la doctrina se inclina por entender que la acción (omisión) es un concepto exclusivamente jurídico-penal.

Esta teoría, por lo demás, no es ajena a las distintas concepciones mantenidas en torno al propio sistema del Derecho Penal. Ya los penalistas neokantianos se habían propuesto elaborar un "sistema teleológico" del Derecho Penal mediante la introducción de "decisiones valorativas" en la teoría de la acción. Esta aspiración truncada por el advenimiento del nazismo en Alemania y tras el lapso que supuso una orientación de la dogmática hacia las pacíficas "estructuras lógico-objetivas" finalistas, encuentra su desarrollo en la anteriormente mencionada doctrina "social de la acción". Doctrina recientemente superada por la orientación político-criminal contenida en la obra de Roxin: "Política Criminal y sistema del Derecho Penal"²².

De acuerdo con esta tesis se consideran irrelevantes todos los esfuerzos encaminados a elaborar un concepto de la acción u omisión previo al tipo.

Descartadas las propuestas ontológicas, en su versión naturalista o finalista, por no reunir las condiciones de concreción y comprensión exigidas a un concepto jurídico de la acción (omisión), y la social por situar éste en un plano extrajurídico irrelevante, se propone que el principio que unifique y fundamente a la acción y omisión sea el "normativo de imputabilidad personal"²³. En otras palabras acción (omisión) e injusto son la misma cosa.

Lo interesante de esta teoría, en relación con el tema que nos ocupa, reside en no exigir a la acción penal la inclusión de condiciones que sólo pueden ser atribuidas a las personas físicas, "el impulso de la voluntad" o la "conducción final", o bien condiciones que se sitúan en un ámbito ajeno al Derecho, el

¹⁷ A. Kaufmann, "Die Dogmatik der Unterlassungsdelikte", Göttingen, 1959, p.50

¹⁸ A. Kaufmann, "Die Dogmatik...", p.49.

¹⁹ Cerezo Mir, "La polémica en torno al concepto finalista de autor en la Ciencia del Derecho penal española" ADPCP, 1975, p.41-56; Herzberg, "Die Sorgfaltswidrigkeit im Aufbau der Fahrlässigen und der Vorsätzlichen Straftat". JZ. 1987, p.536-541.

²⁰ Bloy, "Finaler und sozialer Handlungsbegriff", ZStW n°90, 1978 p.617.

²¹ Por ejemplo, la omisión del deber de socorro, que convierte en presupuesto del deber jurídico-penal un deber ético-individual sin correspondiente normativo-social. Schünemann, "Grund und Grenzen der unechten Unterlassungsdelikte". Göttingen, 1971, p.17

²² Roxin, "Kriminalpolitik und Strafrechtssystem", 2ª ed., Berlin-New York, 1973; traducida por Muñoz Conde, Barcelona 1972.

²³ Roxin "Einige Bemerkungen zum Verhältnis von Rechtsidee und Rechtsstoff in der Systematik unseres Strafrechts", en Gedächtnisschrift für Gustavo Radbruch", Göttingen 1968, p.266.

normativo-social. Así pues, si desde el punto de vista sistemático la noción de acción típica no ofrece fisuras, como parece, quiere ello decir, que es perfectamente factible incluir junto a la capacidad de acción con relevancia jurídico-penal de las personas físicas, la de las jurídicas.

Fuera del ámbito de la dogmática penal, el análisis de la particular estructura de estos entes corporativos verifica esta conclusión. La persona jurídica constituye una realidad social en razón de su **verdadera**, sólo ficticia desde la óptica naturalista, existencia jurídica. Si "persona" es "todo sujeto jurídico con capacidad jurídica plena"²⁴, la persona jurídica, al igual que la física, podrá ser sujeto de imputación normativa, destinataria de obligaciones generales de la sociedad y de obligaciones particulares impuestas por vía judicial. Si bien las actividades de la corporación se manifiestan hacia el exterior a través de los actos humanos de sus órganos, también aquellos son suyos. Nos encontramos, por tanto, con una forma de actividad propia realizada por intermediación de otro y condicionada por la propia estructura corporativa.

Algunos autores estiman que la imputación normativa de efectos jurídicos atribuida al ente corporativo sólo tiene valor en la esfera iusprivatística pero no en la penal²⁵. A esto hay que responder: a) esta afirmación es válida sólo si se exige del concepto de acción, como se ha visto, una condición propia de las personas físicas; b) no es cierto que la imputación normativa tenga exclusivos efectos en el ámbito privado. También lo tiene en el ámbito del administrativo-penal²⁶; c) si las personas jurídicas son destinatarias de deberes legales, los pueden cumplir y también transgredir. Si pueden concluir un contrato, lo pueden hacer también "de forma fraudulenta y con usura"²⁷.

En conclusión, desde la perspectiva de la capacidad de acción con relevancia jurídico-penal no existen obstáculos insalvables, desde el punto de vista de la teoría del delito, que impidan hacerla extensiva a las personas jurídicas²⁸

2. La Culpabilidad

Un sector dominante de la doctrina española y alemana se manifiesta contraria a la responsabilidad penal de las personas jurídicas en base al principio de culpabilidad individual, en el sentido de que únicamente responden de los hechos las personas físicas²⁹.

En este orden de cosas, una importante sentencia del Tribunal Supremo alemán de 1952 establecía que la culpabilidad se da, cuando un ser humano "ha podido decidirse libremente siguiendo su responsabilidad y autodeterminación en contra de lo que la ley establece"³⁰. En términos similares se ha venido expresando nuestro Tribunal Supremo³¹.

Es doctrina común sostener que la culpabilidad exige la presencia previa de un **hecho antijurídico**. Desde la perspectiva de la teoría del delito se ha visto que no existirían dificultades insalvables para atribuir responsabilidad penal a las personas jurídicas, siempre que se adopte un concepto típico de la acción (omisión). No obstante, esta posibilidad potencial no queda refrendada en las partes especiales de nuestros respectivos códigos.

Esta impresión se deduce de la lectura del Libro II y III de nuestro Código Penal. Sin embargo, a tenor de lo dispuesto en los artículos 238 y 499 bis, donde se dice: "cuando los hechos previstos...fueren cometidos por sociedades, empresas o entidades análogas.." o "...por personas jurídicas..", se podría interpretar que se reconoce capacidad a estos entes para

²⁴ Wolff, *Verwaltungsrecht I*, 8ª ed. München, 1971, p.196. Cita de Gracia Martín, p.8, nota nº22.

²⁵ Por todos, Gracia Martín, "El actuar..", p.8 y 9

²⁶ En la Ley de contravenciones alemana se dice en el §30 OWiG: "Si alguien, en tanto que órgano legal de representación de una persona moral... ha cometido una infracción penal o una infracción de carácter administrativo-penal..." citado por Hirsch, en "Die Straffähigkeit...", p.12; Jakobs, "Strafrecht...", 6/43

²⁷ F.Von Liszt, "Lehrbuch des Strafrechts", Berlin-Leipzig, 22 ed. 1919, §28 I p.2

²⁸ Hirsch, "Die Frage..", p.12; Otto, "Die Strafbarkeit von Unternehmen und Verbänden" 1993, p.15; Seiler, "Strafrechtliche Massnahmen als Unrechtsfolgen gegen Personenverbände", Freiburg, 1967, p.79.; Cordoba Roda, "Notas del Derecho Penal español a Maurach. Tratado de Derecho penal", 1962 p.184.

²⁹ Así, Cuello Calón, Rodríguez Devesa, Quintano Ripollés, Antón Oneca, Córdoba Roda, Bajo Fernández, Mir Puig, Muñoz Conde, Gracia Martín, entre otros. En Alemania, Heinitz, Jescheck, Lange, Seiler, Roxin, Schmidhäuser, Cramer, Maurach.

³⁰ BGHSt. (GrS) 2, 194,200

³¹ STS de 2 de diciembre de 1972 y 12 de junio de 1974

ser sujetos activos del delito. Esta primera lectura debe ser matizada ya que la pena se impone a los directivos, gerentes o encargados del servicio de que se trate, así como a los componentes de los consejos de administración, siempre que éstos tuvieren conocimiento de la orden incumplida.

La situación en el Derecho alemán vigente es similar a la española, aunque con ligeras variantes, pues la sanción a la empresa se reconoce operante por la vía administrativa. En efecto, en la Ley de Contravenciones (*Gesetz über Ordnungswidrigkeiten*) se dispone de dos sanciones dirigidas a la empresa: la recogida en el § 29a sobre invalidación de incrementos patrimoniales y en el § 30 consistente en la imposición de una multa.

En resumen, ni la ley penal española o alemana recogen supuestos en los que la persona jurídica pueda aparecer como sujeto activo del hecho antijurídico. Siendo ésto así y, hasta que de *lege ferenda* no sean introducidos en el Derecho positivo, carece de sentido práctico discutir sobre la capacidad de culpabilidad de dichos entes.

Pero, haciendo abstracción de dicha realidad legal, sí tiene sentido reflexionar sobre algunas soluciones manejadas por la doctrina. Hago mención a las últimas corrientes de opinión en Alemania.

Una solución sería renunciar a cualquier intento de aplicar a las personas jurídicas el principio de culpabilidad construido sobre consideraciones individuales y, en su defecto, hacerlo en base al "**interés público**" como aspecto preponderante³². En opinión de Hirsch, esta renuncia al principio de culpabilidad contradice al propio Tribunal Constitucional alemán que en copiosas resoluciones viene afirmando la indeclinable vigencia de este principio³³. Además, un Derecho Penal sin culpabilidad quedaría desnaturalizado hasta el punto de convertirlo en un mero Derecho de responsabilidad civil.

Otra vía sería admitir una culpabilidad paralela a la individual, la **culpabilidad de la persona jurídica**³⁴. Considerando que es un hecho socialmente acepta-

do atribuir culpa a una empresa por su actividad ilícita, incluso que la misma es portadora, al igual que el individuo, de honor o prestigio y que merece tutela penal, que poseen voluntad propia para disponer libremente de sí mismas, no se presentan obstáculos para admitir la posible construcción de una culpabilidad específica para estos entes.

A la posible objeción de que la misma puede ser sinónima de una **culpabilidad colectiva**, se responde diciendo que la persona jurídica no es una adición de personas individuales, sino una creación particular que se distingue de sus propios miembros. La culpabilidad de la corporación sería distinta de la culpabilidad de sus integrantes y, por lo tanto, se debe decidir sobre ambas por separado³⁵.

La solución propuesta es, con distintos matices, la seguida por los países integrantes de la *Common Law* y en particular la recogida en el artículo 15 del Código Penal holandés, en el que se dice que: "tanto las personas físicas, como las jurídicas, pueden cometer hechos punibles". Sin embargo las muy atendibles razones criminológicas, las consideraciones de utilidad social que están detrás de esta propuesta, no aclaran cuál sea el **fundamento material** de la exigencia de culpabilidad que se atribuye a la corporación.

Tienen razón al decir que es imposible compaginar la culpabilidad fundada sobre y para la persona física, para la jurídica.

En efecto, el planteamiento tradicional basado en la **libertad de voluntad**, el "poder actuar de otro modo", encuentra su justa comprensión sólo si se atribuye a una conducta humana³⁶. Asimismo, la **normalidad de la motivación** como fundamento exige en el culpable la existencia de determinadas condiciones personales o situaciones que no disminuyan, por debajo de lo normal, las posibilidades de que dispone el sujeto *a priori* para ser influenciado por la norma³⁷.

Quizás, sólo desde la perspectiva de la **necesidad de la pena** pudiera justificarse materialmente esta nue-

³² Stratenwerth, "Sanktionen als Maßnahmen gegen Unternehmen" en R.Schmitt-Festchr, 1992, p.295 y 296

³³ Hirsch, "Die Frage.", p.13. BVerfGE 20, 323, 331; 25, 269, 286; 27, 18,29; 45, 187, 259 y ss.

³⁴ Hirsch, "Die Frage." p.15; A.Ehrhardt, "Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe", Diss. Köln 1993, p.185; H.J.Schroth, "Unternehmen als Normadressaten und Sanktionssubjekte", 1993, p.191.

³⁵ Hirsch, "Die Frage." p.14.

³⁶ Por todos, Welzel.

³⁷ Por todos, Mir Puig, "Derecho penal.", p.586 y ss.

va culpabilidad. No obstante, sus propios defensores, con muy buen acuerdo, siguen acudiendo a la culpabilidad en el sentido tradicional como límite de la pena³⁸.

Pienso, por tanto, que el problema se plantea en los términos antedichos: es posible la admisión de una culpabilidad específica de la persona jurídica **si se aclara cual es su fundamento material**. En el entendido de que ello no implique la dejación de una serie de funciones y garantías imprescindibles en un Estado de Derecho inherentes a dicho principio: posibilidad de imputación subjetiva, exclusión de la responsabilidad objetiva, diferenciación de las conductas participativas en el delito y proporcionalidad de las consecuencias jurídicas³⁹.

De lo contrario, lo que se llama "culpabilidad de la persona jurídica", encubierta mediante un hábil "fraude de etiquetas", terminaría siguiendo los pasos del positivismo criminológico italiano, en un mundo exclusivo de medidas de seguridad.

3. La pena

El tercer argumento contra la posible responsabilidad penal de la persona jurídica se funda en el carácter **personal de la pena**, el cual, junto al principio de culpabilidad individual, impide que el castigo recaiga sobre todos los individuos que la conforman, sin perjuicio de que, dada la naturaleza de la mayoría de las mismas, haga que sólo puedan ser aplicadas a las personas físicas.

La adjudicación de consecuencias jurídicas al autor de un hecho antijurídico o simplemente ilícito se resuelve por estas tres vías: la imposición de una pena y medida de seguridad o una simple sanción administrativa. Pues bien, quienes admiten capacidad de culpabilidad en las personas jurídicas admiten la posibilidad de que sean objeto de imposición de una pena. En tanto los que siguen manteniendo la vigencia del carácter personal de la pena propo-

nen alternativas menos drásticas: confiar al Derecho Penal Administrativo la punición de las mismas o utilizar el sistema de medidas de seguridad.

A) La alternativa de la pena.

Un sector minoritario de la actual doctrina alemana considera viable la imposición de penas, en sentido estricto, a las empresas culpables de haber cometido un delito⁴⁰.

Entre otros, se manejan los siguientes argumentos:

a) La pena impuesta a una empresa cumple con los fines preventivos generales. Una cuantiosa multa, por ejemplo, impuesta por la vía penal a una sociedad anónima comporta un efecto disuasorio en el entorno societario.

b) Asimismo, se cumple con la prevención especial, pues el miembro, la persona física, integrante de la sociedad sancionada cuidará en el futuro de que su empresa no vuelva a infringir la ley⁴¹.

Frente a estas razones cabe hacer la siguiente crítica⁴²:

a) Siendo la multa, por su naturaleza, la clase de pena más adecuada para una empresa⁴³, se pone en tela de juicio sus efectos preventivos. Se cita el caso de una multa administrativa realmente exorbitante, 100 millones de marcos, impuesta a Cementos de Heidelberg S.A., que ni siquiera provocó el despido de los miembros de la junta directiva responsables de la infracción.

b) La pena consistente en la confiscación de los beneficios obtenidos ilícitamente, tampoco genera los deseados efectos preventivos. Lo único que se logra es restablecer el estado de cosas a su situación anterior. En consecuencia, con una cuota inferior al 100 por 100 se sigue teniendo motivos para cometer un delito.

³⁸ Gimbernat "Estudios de Derecho Penal", 2ª ed. 1981, p.98 y ss.; Muñoz Conde, "Introducción a Roxin, Culpabilidad y prevención en el Derecho Penal", 1981, p.28 y ss.; Roxin, "Culpabilidad y prevención en el Derecho Penal", trad. de Muñoz Conde, 1981, p.151 y ss.

³⁹ Hassemer, "¿Alternativas al principio de culpabilidad?", en CPC, nº18, p.482.

⁴⁰ Por todos en Alemania, A.Ehrhardt, "Unternehmen..." (nota 7) p.204 y ss. En España, admite tal posibilidad Zugaldía, "Conveniencia político-criminal...", p.75.

⁴¹ Hirsch, "Die frage...", p.17.

⁴² Schünemann, "¿Ofrece la reforma...?", p.42 y 43.

⁴³ Tiedemann, "Bebußung von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität", NJW, heft. 19 p.1169 y ss.

c) La imposición de una pena pecuniaria introduce el castigo colectivo. En efecto, la multa impuesta a una sociedad anónima implica la disminución en las expectativas de ganancia de socios o accionistas que nunca tuvieron posibilidad de influir en la dirección de los negocios de la sociedad⁴⁴. Justificar este perjuicio alegando que es consecuencia del inevitable riesgo asumido por el que decide integrar una sociedad no parece suficiente razón⁴⁵.

d) La posibilidad de imponer a determinados miembros de la empresa un doble castigo por el mismo hecho. La pena que se impone a la empresa misma y la que corresponde al directivo responsable personal del hecho delictivo.

No parecen, por lo tanto, despejadas todas las dudas que suscita esta solución.

B) La alternativa de las medidas de seguridad

El hecho de que una persona jurídica no admita ser objeto de imposición de una pena, no dificulta para que lo sea de una **medida de seguridad**.

Parecería que muchos de los que apoyan nuevas alternativas o mantienen las posiciones tradicionales en esta materia, podrían encontrar una base común en las medidas de seguridad⁴⁶. Sin embargo, como veremos, las posiciones se mantienen equidistantes en razón del fundamento que justifica la aplicación de estas consecuencias a la persona jurídica.

La imposición de medidas de seguridad se ha fundamentado desde dos puntos de vista.

Desde el primero, se estima que sólo son aplicables a la empresa en razón de la **peligrosidad de las personas físicas** que la integran, que la utilizarán como cobertura para llevar a cabo sus propósitos criminales⁴⁷.

Desde el segundo punto de vista, se entiende que en razón de la **peligrosidad de la empresa** transgresora

la medida se aplique directamente a ella. La necesaria protección de bienes jurídicos amenazados por una actitud criminal colectiva así lo justifica. El contenido social de la medida se legitima, **por la potenciación del peligro que supone la actividad económica delictiva instalada en un sistema de actuación colectiva**⁴⁸.

Es evidente que un efectivo control interno de la empresa y sus órganos directivos resulta mucho más seguro que cualquier control ejercido por el Estado. Pero, si aquél no se realiza o resulta insuficiente, si la persona física omite o ejecuta una acción merecedora de sanción con el exclusivo objeto de beneficiar a la empresa, se justifica la imposición de una medida de seguridad. En mi opinión, debería admitirse la imposición de una medida de seguridad, no sólo por la peligrosidad del agente que utiliza como cobertura para sus propósitos a la empresa, sino también en razón de la peligrosidad social de la empresa por sí misma.

Por último, me permito hacer una breve reseña del tratamiento que da el Código Penal español y su Proyecto en esta materia.

Nuestro Código Penal prevee la adopción de medidas de seguridad contra las personas jurídicas, aunque su fundamento lo constituyen siempre los actos individuales realizados por las personas físicas. Así por ejemplo, el artículo 265 prescribe la disolución de la asociación que hiciere acopio de armas y explosivos con fines delictivos. La misma medida se contempla en el artículo 344 bis b) para las asociaciones incursas en delitos de tráfico de drogas y en el artículo 174 para las asociaciones ilícitas. Este panorama legislativo se completa con la responsabilidad civil subsidiaria derivada del delito para entidades, organismos y empresas con arreglo al artículo 22.

El Proyecto de Ley Orgánica del Código Penal de 1994, siguiendo la línea marcada por la PANCP de 1983 trata a estas medidas como **consecuencias accesorias**, evitando así toda discusión sobre la responsabilidad de las personas jurídicas y mante-

⁴⁴ Esta objeción fué formulada inicialmente por Engisch, Hartung y Heinitz en "Verhandlungen des 40. Deutschen Juristentages, T. II, 1953, (nota 3), E 28, E 43 y p.89 respectivamente; Schönemann, "¿Ofrece...?", p. 42. Ver K. Tiedemann, NJW, 1988, p.1169.

⁴⁵ Hirsch, "Die Frage...", p.19 y 20.

⁴⁶ En España, son partidarios de esta solución entre otros: Antón Oneca/Rodríguez Muñoz, "Derecho Penal, I", 149, 2ª ed. 1986, p.154; Mir Puig, "Derecho Penal...", p.185; En Alemania, Schönemann, "Unternehmenskriminalität...", p.254, 268 y ss.; Stratenwerth", p.295, 296 y ss., 307.

⁴⁷ Cerezo Mir, "Curso de Derecho Penal. Parte General I, Teoría Jurídica del Delito", 1, 2ª ed. 1981, p.361 y 363

⁴⁸ Schönemann, "¿Ofrece...?" p.43

niendo la responsabilidad individual como única fuente de la pena⁴⁹. Así, el artículo 129 del Proyecto habilita al Juez o Tribunal para imponer las siguientes consecuencias: clausura de la empresa con carácter temporal o definitivo; disolución de la sociedad, asociación o fundación; suspensión de las actividades de la sociedad, empresa o fundación; la prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito; y, la intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores.

Es cierto, que el PCP de 1994 aporta mejoras técnicas al agrupar en un mismo capítulo y **etiquetar** como accesorias a estas consecuencias. Sin embargo, la extrema gravedad de alguna de ellas, la disolución de la sociedad o cierre de la empresa, arrojan dudas sobre su conveniencia jurídica. En efecto, si la simple sanción pecuniaria impuesta directamente a la empresa es cuestionada en atención a los intereses de los socios inocentes, cuánto lo será la aplicación de una "consecuencia accesoria" de esta naturaleza. Además, con la desventaja de que no opera como correctivo ningún criterio de proporcionalidad en su estimación.

Sin embargo, la administración coactiva de la empresa impuesta por el Estado no sólo puede resultar útil, sino que comporta efectos preventivos muy superiores a la imposición de una multa. Por lo demás, como señala Schünemann, el hecho de que en el futuro la junta directiva ponga en juego su prestigio al tener que informar a un interventor, asegura dicho resultado⁵⁰.

Por otra parte, en el mencionado artículo 129 se fundamenta la imposición accesoria de estas consecuencias en base a la prevención de actividades delictivas continuas de personas físicas o **personas jurídicas**. La continuidad delictiva exigida a estos comportamientos, es decir su **peligrosidad**, suscita la duda de si las pretendidas "medidas accesorias" no constituyen en la realidad auténticas medidas de seguridad. De ser así, el Proyecto de nuestro Código Penal admite la doble fundamentación, reseñada con anterioridad: la aplicable al miembro de la sociedad que utiliza a ésta para delinquir y la que se aplica a la persona jurídica en virtud de una actitud criminal colectiva. Creo que ésta es una buena solu-

ción susceptible de ser mejorada, pero llamando a las cosas por su nombre.

C) La alternativa del Derecho Penal Administrativo

A diferencia de la anterior, esta solución es seguida de forma minoritaria por los grupos doctrinales en pugna⁵¹. La razón es evidente, las sanciones aplicadas por vía administrativa carecen de las garantías y controles que acompañan a las mismas si fueran impuestas por la vía penal.

III. A MODO DE RESUMEN

A lo largo de este trabajo se ha intentado analizar las tres objeciones tradicionales que fundamentan la incapacidad de las personas jurídicas para ser responsables penalmente.

a) Respecto a la primera, **ausencia de acción penal**, se ha demostrado que dicha afirmación es cierta desde las perspectivas, causal, final y social de la acción. No así, si se maneja un concepto típico de la acción. No existen inconvenientes dogmáticos insalvables para atribuir a la persona jurídica capacidad de cometer u omitir acciones penalmente relevantes. El obstáculo es sólo normativo. De *lege ferenda* el legislador puede introducir en un futuro tipos penales en los que ésta figure como sujeto activo.

b) Es aconsejable no eliminar el **principio de culpabilidad** por meras razones de utilidad o eficacia. Su carácter personal y las misiones que desempeña son irrenunciables en un Estado de Derecho. Admitir una "culpabilidad de la persona jurídica" paralela a la de la "persona física", encubre la aplicación de una "culpabilidad colectiva" como se demostró al analizar la sanción de multa.

c) El **carácter personal de la pena** no impide la imposición de una medida de seguridad como respuesta a la peligrosidad **misma** de la persona jurídica. Medida que, a su vez, puede fundarse en la peligrosidad personal de las personas físicas que actúan a través de ellas. El criterio de su selección debe descansar en su eficacia preventiva y en la evitación de perjuicios innecesarios a los socios que carecen de capacidad decisoria en el seno de la persona jurídica en cuestión.

⁴⁹ Muñoz Conde/García Arán, "Derecho Penal. Parte General", 1993, p.209.

⁵⁰ Schünemann, ¿Ofrece..?, p.44

⁵¹ En España la propone Gracia Martín, "El actuar en lugar.", p.13.