

# La Responsabilidad Penal de las Personas Jurídicas en el Derecho Penal Español a partir del Nuevo Código Penal Español

MARÍA DEL CARMEN VASCO MOGORRÓN\*  
Universidad de Castilla-La Mancha. Facultad de  
Derecho de Albacete.

## I. INTRODUCCIÓN

Durante el siglo XX, fundamentalmente, el mundo vivió una profunda transformación de la sociedad a todos los niveles. Con la Revolución Industrial, y el *boom* económico que ésta ha traído consigo, nos hemos vistos inmersos en una vida competitivo-industrial, que se ha desarrollado y ha evolucionado hasta límites insospechables. El nacimiento de grandes empresas y asociaciones de personas, que agrupan a diferentes sujetos, que unen sus diversas voluntades para conseguir un fin común, ha sido el resultado de la creación de una economía de mercado, basada en la oferta y la demanda, en la producción y el consumo desmesurado.

Para sorpresa y asombro de muchos, detrás de todas esas corporaciones, asociaciones, empresas, en definitiva, personas jurídicas se ha ido desarrollando una delincuencia económica que ha distorsionado a toda la sociedad y al Derecho. Y, como no, también el Derecho Penal se ha resentido por este hecho indiscutible, puesto que ha tenido que pasar rápidamente de proteger bienes patrimoniales individuales, a tutelar también, e incluso más, otros bienes e intereses de carácter socio-económico. Pero aun así, el mismo Derecho Penal se ha encontrado y se encuentra impedido a la hora de castigar a dichas personas jurídicas, pues esta posible idea choca con un límite infranqueable, que no es otro que el principio tradicional *societas delinquere non potest*, de origen jurídico romano y perfilado principalmente tras la Revolución Francesa, y todavía plenamente vigente en nuestro ordenamiento jurídico.

Muchas legislaciones, por ejemplo la francesa, se han apresurado por derogarlo y prever sanciones penales también para las sociedades. En España, en donde todavía no se ha dado un paso tan importante, pero innecesario, numerosas voces se están empezando a alzar para seguir idénticos senderos, y hay quien se ha planteado llegar inclusive a revisar las categorías dogmático penales vigentes, en el caso de que éstas hicieran imposible crear un nuevo principio, para unos político criminalmente necesario, a saber: *societas delinquere potest*. Por el contrario, otra parte de la doctrina, la mayoritaria afortunadamente, se ha opuesto radicalmente a tal proposición y, con ello, se ha producido una resucitación de la vieja polémica de si se puede hacer responder penalmente a las personas jurídicas por los hechos delictivos que se cometan en su seno.

A mi juicio, esta discusión está condenada a la esterilidad. La ineficacia de las sanciones sólo se soluciona mediante la búsqueda de sanciones más eficaces, sin necesidad de construir un nuevo Derecho Penal, con el fin de satisfacer un puro capricho doctrinal, como es la derogación del principio tradicional *societas delinquere non potest* ¿Es que esto conllevaría cambio alguno en las posibles sanciones a imponer? o, ¿es que, acaso, alguien se está planteando la posibilidad de prever la pena privativa de libertad también para las personas jurídicas? Seamos realistas, me pregunto si los costos que todo esto acarrearía podrían ser, al final, más beneficiosos que perjudiciales.

\* A mi madre, Francisca Mogorrón Casamayor

Cuando en el seno de una persona jurídica se cometen hechos delictivos, los que en puridad son responsables de tales delitos son las personas que la integran y los han ejecutado; para llegar a esta conclusión no hay que rasgarse las vestiduras. Dejémos de discusiones teóricas condenadas a la muerte por falta de fundamento y pasemos a la práctica: desarrollemos y perfeccionemos un sistema de consecuencias accesorias lo suficientemente eficaz para dar solución a esta problemática. Sólo así se va a poder combatir en verdad la criminalidad económica en el seno de las grandes empresas.

## II. LA PROBLEMÁTICA DE LA DELINCUENCIA ECONÓMICO EMPRESARIAL EN EL SENO DE LAS SOCIEDADES ACTUALES

A modo de introducción, siempre que se oye hablar de Derecho Penal Económico o de la delincuencia económica se suele citar a SUTHERLAND. Este criminólogo aportó principalmente una reflexión en la que ponía de relieve que el fenómeno de la delincuencia en sentido amplio, y concretamente la delincuencia económica, no es un hecho privativo de las clases o capas socioeconómicas más bajas, sino que, verdaderamente, nos encontramos aquí ante un fenómeno social mucho más generalizado, que no sólo abarca a los desheredados de la fortuna, sino también a los que visten cuello blanco, estableciendo así los llamados delitos económicos. Cuando este mismo autor acuñó este término, se estaba refiriendo preferentemente a aquellos hombres de negocios que ejercen su actividad en el seno de grandes empresas. Esta aportación de SUTHERLAND no deja de ser fundamental para entender el cambio operado en las sociedades industrializadas actuales, aunque se le pueda achacar ser demasiado exclusivista, dado que muchas infracciones al orden social provienen también de otro tipo de sujetos pertenecientes a niveles más bajos, que no sólo de las personas con un nivel socioeconómico bastante considerable<sup>1</sup>.

La delincuencia económica en sí es una perturbación del orden socioeconómico, que trae consigo fundamentalmente tres efectos perniciosos, siguiendo las

investigaciones y los estudios sociológicos, a saber: en primer lugar, se produce un efecto de resaca o espiral, que se crea cuando se han agotado todas las posibilidades legales de lucha en un mercado altamente competitivo, de tal modo que el primero en delinquir genera una presión sobre el resto de los competidores, que finalmente les lleva a la comisión de nuevos hechos delictivos («resaca»), y cada participante se convierte en el eje de una nueva resaca («espiral»). En segundo término, se da la llamada reacción en cadena, que se ocasiona por la producción de graves daños materiales, en los que el perjudicado o perjudicados se convierten en el primer eslabón de una larga cadena de víctimas, en la que se va transmitiendo sucesivamente las dificultades de pago, las crisis y las quiebras, supuesto muy frecuente en épocas de recesión económica. Por último, se genera todo un poder corruptor que termina pesando sobre la Administración Pública, arrastrando a funcionarios a la comisión de nuevos hechos delictivos<sup>2</sup>.

Sencillo es pensar que en una sociedad tan altamente competitiva como la nuestra, que fundamentalmente a lo largo de todo este siglo se ha ido desarrollando y perfeccionando, el primero de los efectos perniciosos, citado en el párrafo anterior, es un fenómeno pecuniario muy ligado a las sociedades mercantiles, que se unen para obtener grandes beneficios en el mercado con el accionar de su propia actividad, la misma para la cual se han formado. Frente a tales circunstancias y tras la aprobación del Código Civil italiano, RENDE perfiló el concepto de delito colegial, como una categoría autónoma, que sería aquél cometido, no por personas que se unen con la finalidad común de cometer hechos delictivos, sino por otro tipo de sujetos, que estando ya constituidos legalmente en forma de colegio, como órgano de una persona jurídica, ya sea de naturaleza pública o privada, cometen delitos en el ejercicio de sus funciones. Empero, la configuración del delito colegial encontró razonadamente una fuerte oposición doctrinal, que argumentaba que si bien una unidad orgánica de deliberaciones y decisiones perfectamente puede acarrear efectos consigo en el marco de la responsabilidad civil, nunca los producirá en el ámbito penal, porque esto conllevaría una derogación del principio que reza que la responsabilidad penal es estrictamente personal, lo que viene a significar, como bien ha ex-

<sup>1</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Algunas consideraciones político criminales sobre los delitos societarios», ADP, 1984, págs. 677 a 678.

<sup>2</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Ob. Cit.* pp. 681-682.

plicado RODRÍGUEZ MOURULLO, «*que no todos los miembros del órgano han de responder necesariamente por los delitos cometidos a través de decisiones colegiadas y que, en su caso, tampoco tienen por qué responder necesariamente en idéntica medida, pudiendo aparecer unos como autores y otros como cómplices o encubridores*»<sup>3</sup>.

Una vez visto como el delito económico, aunque no exclusivamente, tiene un especial desenvolvimiento en el seno de la actividad empresarial es el momento de dar una definición genérica de lo que se entiende bajo una agrupación de personas, legalmente constituida y dirigida a un fin común, es decir, una persona jurídica. En nuestra legislación española podemos encontrar tal definición legal en el art. 35 del Código Civil español, cuyo tenor literal nos aclara que se entenderán bajo personas jurídicas:

1. «Las corporaciones, asociaciones y fundaciones de interés público reconocidas por la ley. Su personalidad empieza desde el instante mismo en que, con arreglo a Derecho, hubieran quedado válidamente constituidas.

2. Las asociaciones de interés particular, sean civiles, mercantiles o industriales, a las que la ley concede personalidad propia, independientemente de la de cada uno de los asociados.»

Dentro de las agrupaciones, en sentido amplio, reconocidas legalmente, se pueden cometer dos clases de hechos delictivos distintos, a saber, los pertenecientes a la llamada criminalidad de empresa («*Unternehmenskriminalität*») y los relativos a la denominada criminalidad en la empresa («*Betriebskriminalität*»), siguiendo la terminología de SCHÜNEMANN. Antes de explicar ambos conceptos es preciso preguntarse qué se entiende bajo delito económico. Doctrinalmente es difícil dar una definición pacífica de dicha noción, capaz de lograr un consenso que recoja, a su vez, todos los aspectos esencia-

les del Derecho Penal Económico. Bástenos aquí entender por tales delitos económicos, en un sentido enormemente amplio y genérico, en palabras, de nuevo, de SCHÜNEMANN, «*todas las acciones punibles y las infracciones administrativas que se cometen en el marco de la participación en la vida económica o en la estrecha conexión con ella.*»

Así definido el concepto respecto del cual nuestro mi apego teórico, podemos entrar a analizar los términos antes expuestos. La criminalidad de empresa o «*Unternehmenskriminalität*», siguiendo la terminología alemana, se diferencia de la criminalidad en la empresa o «*Betriebskriminalität*» en que la primera supone un comportamiento socialmente dañoso de una empresa, mientras que la segunda abarca los hechos delictivos cometidos tanto dentro de la empresa como

al margen de ella, siempre y cuando éstos vayan contra la empresa misma o sean cometidos por miembros particulares contra otros miembros de la misma empresa. La diferencia entre ambas no es baladí, porque mientras la segunda permite el sometimiento sin dificultades a las reglas de los delitos comunes desde el punto

de vista de la dogmática jurídico penal y, además, plantea cuestiones muy distintas desde el plano político criminal, la primera trae consigo graves problemas difíciles de solucionar; hay que tener, aquí, en cuenta que sólo se podrán cometer delitos económicos en los supuestos de criminalidad de empresa, aunque no exclusivamente, mientras que en la criminalidad en la empresa este tipo de delitos nunca se darán.

Con el concepto de criminalidad de empresa se viene, en definitiva, a designar todo el conjunto de delitos, económicos y comunes, en los que, como consecuencia de una actuación realizada para una empresa, se llegan a lesionar bienes jurídicos e intereses externos, aunque también hay que incluir aquí los bienes jurídicos e intereses propios de los mismos colaboradores de la empresa. De este modo la denominada «*Unternehmenskriminalität*» (*criminalidad de empresa*) se

---

*«... desde épocas muy antiguas, el problema de la responsabilidad criminal de los colectivos(...)halló un lugar de relativa trascendencia en su sistema de sanciones.»*

---

<sup>3</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, G. *Ob. Cit.* p. 687. No se debe perder aquí de vista que aunque la mayoría de la doctrina no admitía el hecho de que se pudiera construir normativamente un concepto de *delito colegial*, hay otra parte de la doctrina que considera ésta la solución más satisfactoria para combatir la delincuencia en el seno de las grandes agrupaciones de personas. Los argumentos doctrinales, tanto a favor como en contra, van a ser objeto de análisis y estudio en una de las partes posteriores de este trabajo.

viene a alzar como la parte más importante de la criminalidad económica, no cayendo nunca en el error de pensar que todos los delitos cometidos en este supuesto tendrán que ser exclusivamente económicos, ya no sólo desde un punto de vista práctico, sino también desde la perspectiva de la teoría jurídico-penal y de la política criminal, algo que salta fácilmente a la vista, porque, como explica SCHÜNEMANN «...La influencia criminógena de una actitud criminal de grupo, las dificultades de determinación normativa de las competencias y, a consecuencia de ello, de la imputación jurídico-penal, producen, en su conjunto, quebraderos de cabeza en relación con la criminalidad de empresa...»<sup>4</sup>.

De todo lo dicho hasta ahora podemos sacar una conclusión lógica. Dada la importancia que, en una sociedad altamente competitiva como la nuestra, han alcanzado este tipo de asociaciones con fuertes intereses, ya sean particulares, industriales o mercantiles, es factible que, después de todos los problemas criminológicos que esto está trayendo consigo, diversos sectores doctrinales se planteen hasta qué punto puede ser conveniente hacer responder a estas personas jurídicas de sus hechos delictivos, económicos fundamentalmente, si esto es posible y si se puede encontrar alguna base en la dogmática jurídico penal para poder reconocer dicha responsabilidad.

Ya en el año 1953 se celebró en Alemania el 40º. Congreso de Juristas Alemanes, donde se trató precisamente la cuestión de hasta qué punto podía ser recomendable prever normativamente la capacidad penal de las personas jurídicas. Sin embargo, es de notar que no sólo su introducción fue rechazada de plano por los ponentes, sino que además en la votación del pleno no consiguió apenas apoyo. El argumento

principal que los participantes señalaron como suficiente para que esa propuesta no pudiera prosperar es el siguiente: el sentido y los elementos de la pena difícilmente pueden convivir con la imposición de sanciones penales contra las personas jurídicas y las agrupaciones de personas. Empero esto quedaría incompleto sin una matización más; curiosamente, en los últimos tiempos, desde los sectores del Derecho Tributario y Medio Ambiental, a nivel europeo, se empieza a hacer ligeramente sensible una tendencia, que empieza de modo discreto a prever una verdadera capacidad punitiva normativa de empresas económicas formadas por personas<sup>5</sup>.

En España, respecto a la misma cuestión, el profesor BACIGALUPO ZAPATER, desde la cara contraria de la moneda, denunció la grave oposición actual existente entre el Derecho Penal y la Política Criminal<sup>6</sup>. Sus teorías han sido fielmente respaldadas y seguidas por ZUGALDÍA ESPINAR, que las explica del siguiente modo: desde hace algún tiempo ha surgido una teoría unificadora de los fines de la pena,

*«La mayoría de las categorías dogmáticas vigentes no dejan abierta (...) posibilidad para plantearse la punibilidad de las personas jurídicas.»*

que domina al Derecho Penal, y pretende una unificación de sus aspectos retributivo y preventivo, de modo que esta concepción ha venido a constituir la base a partir de la cual hay que analizar las relaciones entre el Derecho Penal y la Política Criminal, que en los últimos años estarían sometidas a una grave disfuncionalidad; en palabras del propio ZUGALDÍA ESPINAR: «... si las categorías dogmáticas vigentes son las categorías de las teorías absolutas de la pena y, de otra parte, la Política Criminal apunta hacia una concepción relativista, utilitarista y antiretribucionista de la pena, no es de extrañar que (...) lo que desde el punto de vista político criminal pueda ser conveniente, desde el punto de vista dogmático pueda resultar imposible.»<sup>7</sup>

<sup>4</sup> SCHÜNEMANN, B., «Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa», ADPCP, 1988, págs. 530 - 531.

<sup>5</sup> HIRSCH, H.J., «Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen», en, ZStW, 1995, Heft. 2. p. 286.

<sup>6</sup> Este mismo profesor venía a explicar que «las teorías de la unificación, en cuanto deja a salvo el fundamento retributivo de la pena, expresa una visión ética del delito, mientras que la Política Criminal entiende al delito en los términos de las Ciencias sociales» (ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., «Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas, CPC, n. 53, 1994, págs. 613-614.

<sup>7</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J.M. «Conveniencia político criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional: *societas delinquere non potest*», en, CPC, n. 11, 1980. pp- 69-70.

Aunque estos dos profesores cuentan con algunos seguidores en la doctrina, es importante decir que constituyen el grupo minoritario, porque desde un punto de vista doctrinal, la mayoría de los estudiosos en este tema se muestran defensores del principio tradicional *societas delinquere non potest* y, por otro lado, de entre los que se sitúan al otro lado de la balanza no todos defienden que sea imprescindible revisar las categorías dogmáticas, como propugnan estos dos profesores, para reconocer la punibilidad de las personas jurídicas. Si intentásemos encontrar un punto de unión entre todos los autores que tratan este tema, podemos concluir que en lo que casi todos están de acuerdo por unanimidad es que, lejos de si políticamente fuere conveniente que las personas jurídicas pudieran sufrir sanciones penales, las categorías dogmáticas vigentes en nuestro Derecho Penal no dan entrada a tal posibilidad, es más, la hacen realmente imposible y, por tanto, o bien habría que renunciar al supuesto principio *societas delinquere potest*, o bien habría que optar por la redefinición de las categorías dogmáticas vigentes. Antes de exponer cuáles han sido las distintas soluciones que los diversos autores han dado a este problema y exponer yo, finalmente, la tesis que, a mi juicio, debe ser considerada como la correcta, es preciso analizar cuál ha sido la evolución histórica de este gran dilema.

### III. EL ORIGEN DEL PRINCIPIO TRADICIONAL *SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST* Y SU EVOLUCIÓN HISTÓRICA

La fuerte polémica acerca de la posibilidad de hacer responder penalmente a las personas jurídicas, y en definitiva, la fundamentación del principio tradicional *societas delinquere non potest*, no es una cuestión surgida en la época actual, sino que podemos remontarnos hasta el Derecho Romano para analizar sus primeros antecedentes. Así, en Roma, en virtud del citado principio *societas delinquere non potest*, se concluye que es imposible hacer responder penalmente a una persona jurídica<sup>8</sup>.

Es de anotar que desde épocas muy antiguas, el problema de la responsabilidad criminal de los colectivos, sean estos jurídicos o no (desconociéndose incluso tal categoría), halló un lugar de relativa trascendencia en su sistema de sanciones. Así, un buen ejemplo de ello lo podríamos situar en la época histórica donde la venganza de sangre constituía la reacción penal típica, la cual recaía con frecuencia sobre cualquiera de los que integraban la *Sippe* (familia) a la que pertenecía el autor que había cometido la ofensa<sup>9</sup>.

Un supuesto similar se puede encontrar también en el Antiguo Régimen, época histórica en la cual las penas por los delitos más graves cometidos por un sujeto determinado trascendían del autor del mismo a los miembros de la familia en la que se integraba, mediante la imposición de sanciones como el destierro, la privación de sus bienes o también de ciertos derechos<sup>10</sup>. Como ha explicado ANTON ONECA, el fundamento último estribaba en el pensamiento de que «se esperaba que el amor a los hijos o a los padres sirviera de contrapeso a las tentaciones criminales cuando fallase el instinto de la propia conservación»<sup>11</sup>.

Es igualmente cierto que en el Fuero de León se disponía que en el supuesto en que se le impusiese a un sujeto una pena pecuniaria, iba a responder de ella solidariamente también la ciudad a la que perteneciese, con la finalidad de que no se pudiera alegar insolvencia o desconocimiento del paradero del autor. Así, siguiendo a MIR PUIG, el fundamento de que se extendiera la pena a personas diferentes al autor que había cometido el delito se basaba en la prevención general. De este modo, siguiendo al mismo autor, este argumento vendría a ser insatisfactorio para explicar un tipo de responsabilidad como la descrita, pues la misma prevención general ha de estar, a su vez, limitada por el principio de personalidad de la pena, que precisamente constituye una exigencia de un Estado Democrático que respete la dignidad humana.<sup>12</sup>

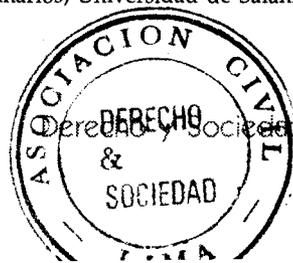
<sup>8</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M.T., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho Penal Español», *El nuevo Código Penal. Primeros problemas de aplicación*, AA.VV., Dirección de Cursos Extraordinarios, Universidad de Salamanca, 1997, pág. 133.

<sup>9</sup> MIR PUIG, S. *Derecho Penal. Parte General*. PPU, Barcelona, 1995, p. 181.

<sup>10</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M.T., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho Español», en *El nuevo Código Penal. Primeros problemas de aplicación*. AA.VV., Dirección de Cursos Extraordinarios, Universidad de Salamanca, 1997, p. 133.

<sup>11</sup> MIR PUIG, S. *Ibid.* Loc. Cit.

<sup>12</sup> *Ibidem*.



Tras el Absolutismo, el pensamiento penal da un giro de ciento y ochenta grados, de tal modo que se puede decir que el reconocimiento verdadero, tal y como se concibe en la época actual, del principio *societas delinquere non potest*, supone una conquista de la Revolución Francesa, que terminó plasmándose en el Derecho Penal moderno, en virtud de la cual, los delitos cometidos en el seno de una persona jurídica responde aquel sujeto que lleve a cabo dicha acción considerada como reprochable. La filosofía nacida en aquella época ha sido bien resumida por MONCAYO, que nos explica su significado del siguiente modo: «...sólo al individuo que delinque es factible sancionarlo con una pena. Traslada esta regla al ámbito de la persona moral, social o de existencia jurídica, en lo que atañe a su responsabilidad penal por los delitos que cometieron los individuos que la integran, es que se edificó la tesis que puede resumirse en el axioma latino *societas delinquere non potest*.»<sup>13</sup>

Esta posición dominante a finales del siglo XVIII fue principalmente respaldada e impulsada por FEUERBACH, y se apoyó en la influencia romanista de SAVIGNY, autor que construyó la teoría de la ficción, en la que establecía como característica esencial de este tipo de entidades precisamente su esencia ficticia. Así explicaba que la persona jurídica como tal no podía sufrir una auténtica responsabilidad punitiva, responsabilidad que sólo podía recaer en los seres humanos que se escondían tras la misma, es decir, los únicos responsables reales del delito.<sup>14</sup> De este modo, para SAVIGNY era totalmente improbable sancionar una persona jurídica sin transgredir con ello la gran máxima del Derecho Penal que exige la identidad del delincuente y del condenado»<sup>15</sup>. Partiendo

de la importancia que tuvo esta teoría para el Derecho Penal, también se alzó otro fundamento que supuso una indiscutible razón para reconocer entonces el principio *societas delinquere non potest*; a saber, fue decisivo, dentro de los principios político criminales que integraban el Derecho Penal Liberal, el principio de personalidad de las penas, que vino a significar, desde la Revolución Francesa, que la responsabilidad criminal es siempre personal y que ni dicha responsabilidad penal ni las penas que ésta acarrea pueden trascender a otras personas. Es, en definitiva, la proscripción de la responsabilidad colectiva reconocida en el Derecho Primitivo<sup>16</sup>.

En contraposición a la teoría de la ficción, GIERKE lanza al mundo jurídico otra distinta y contrapuesta, a saber, la teoría de la realidad, que ofrecía una base teórica para la aceptabilidad de la responsabilidad criminal de estos entes jurídicos. Para este autor una persona jurídica debe ser concebida como una persona real, en la cual se juntan seres humanos con una única y común fuerza de voluntad y de acción para el cumplimiento de los fines que superan la esfera de los intereses individuales, de modo que cuando entidades de este tipo lleguen a alcanzar un elevado grado de concentración y organización, «manifiestan en el plano social una sustancial unidad capaz de intervenir en nombre propio en la vida jurídica activa». El resultado de este proceso en la constitución de una auténtica persona jurídica como una realidad distinta y separada de los miembros que la conforman, lo que le lleva a este autor a concluir que esta entidad alcanza no sólo la personalidad real, sino que también hay que dejar abierta la posibilidad de que ésta pueda observar o perseguir una voluntad propia y

<sup>13</sup> MONCAYO, N. J. *Delitos cambiarios y responsabilidad de las personas jurídicas*. Depalma, Buenos Aires, 1985, pág. 29.

<sup>14</sup> MIR PUIG, S. *Ob. Cit.* p. 184.

<sup>15</sup> MONCAYO, N. J., *Ob. Cit.* p. 30.

<sup>16</sup> MIR PUIG, S. *Ob. Cit.* p. 184. ZUGALDÍA ESPINAR considera que la teoría de la ficción es altamente criticable. Según este mismo autor, esta tesis no puede prosperar en la actualidad, donde se convive con sociedades con más poder efectivo que los Estados, y por ello carece de todo poder de convicción. Este ataque a SAVIGNY es aprovechado, al mismo tiempo, por este autor que se sirve de él para poner las bases de su propia teoría, y así afirma que: «ya no se puede mantener más la tesis de la irresponsabilidad penal de las personas jurídicas alegando la tesis de su existencia puramente ficticia (...) la mencionada tesis está absolutamente abandonada y se entiende hoy que las personas morales, lejos de ser puras ficciones son (...) auténticas realidades jurídicas, que ponen de manifiesto una realidad social preexistente.» (ZUGALDÍA ESPINAR, J.M., «Conveniencia político criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional: *societas delinquere non potest*», CPC, n. 11, 1980, págs. 78). Pero no sólo ZUGALDÍA ESPINAR ha criticado esta teoría. También, en la doctrina alemana, HIRSCH no se muestra partidario de su aceptación en la actualidad. Según este autor las legislaciones nacionales han empezado a regular a las personas jurídicas como la persona real de la asociación. De este modo, las personas morales serían formas de organización humana que se levantan como auténticos sujetos autónomos en la realidad social, independientemente que sus miembros vayan variando con el transcurso del tiempo. El ordenamiento jurídico habría sido consecuente con esto al dotar a las asociaciones de personas de capacidad jurídica y al calificarlas como personas jurídicas (HIRSCH, H. J., «Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen», ZSTW, 1992, Heft 2, págs. 288 a 289; HIRSCH, H. J., «La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas», ADP, 1988, pág. 1104).

distinta a las voluntades individuales de los miembros que la integran.<sup>17</sup> De esta última teoría se desprende una admisión de dicha responsabilidad, pero ésta sólo tuvo consecuencias en el ámbito del Derecho Civil, dado que la doctrina dominante y la legislación se opuso con fuerza a que fuese admitida en el ámbito penal.

Siguiendo la línea de que las personas jurídicas constituyen una realidad indiscutible en la sociedad, VON LISZT y PRINS en el extranjero, y SALDAÑA y MASAVEU en España, defendieron la responsabilidad penal de las personas jurídicas de un modo más pragmático. Estos autores partieron de exigencias político-criminales basadas en la peligrosidad, concibiendo a la persona jurídica como un medio especialmente peligroso para servir de instrumento a aquéllos que pretendieran enmascararse tras ella y propusieron que estas entidades debían ser, por tanto, castigadas enfáticamente. Fundamentaban que así como el Derecho reconoce la capacidad de obrar de las personas jurídicas en el ámbito del Derecho Privado, de igual modo se podía afirmar, así VON LISZT en su famosa frase, que *«quien puede concluir contratos puede concluir contratos fraudulentos o usurarios.»*<sup>18</sup>

Sin embargo, estos autores venían a constituir un sector minoritario, porque ya a finales del siglo XVIII, principios del XIX se da un giro copernicano a la cuestión: la mayoría de la doctrina se expresa manifiestamente contraria a tal afirmación y, desde entonces, ha desaparecido la punibilidad de las personas jurídicas en todos los Códigos Penales<sup>19</sup>, si bien es cierto

que en Francia este reconocimiento de la responsabilidad de estas entidades ha sido otra.<sup>20</sup> El cambio producido a finales del siglo XVIII se debió fundamentalmente a un escrito de gran importancia del profesor de Erlangen MALBLANC, en 1793, con el título de *«Observationes quaedam ad delicia universitatum spectantes»*. Este profesor venía a decir en él que, dada la naturaleza del delito y de la pena, el reconocimiento de la punibilidad de las personas jurídicas era inadmisibles.

Es preciso, además, matizar que hubo otro hecho que también preparó el terreno para el nuevo cambio de filosofía, a saber: los procesos penales contra corporaciones se habían hecho cada vez más infrecuentes, dado que el poder de los señores se hacía más fuerte progresivamente, de tal modo que medidas de tanto calibre como condenar a municipios enteros u otras agrupaciones de personas había dejado de ser necesario. En palabras de HIRSCH: *« (...) en ese momento había desaparecido la necesidad práctica y política de una pena para las asociaciones (...) esto favoreció que hallaran resonancia las objeciones teóricas.»*<sup>21</sup>

Tras este breve análisis de cuál ha sido el origen y el desarrollo histórico del principio tradicional *societas delinquere non potest*, que va a ser aquí objeto de discusión y crítica, se puede comprender bien el surgimiento y la razón de la polémica doctrinal existente en torno al reconocimiento o derogación actual de tal principio, que ahora se plantea desde una perspectiva distinta, pero que, en definitiva, es ya un tema largamente discutido en la historia.

---

*«... son indiscutibles las variopintas reformas legislativas (...) con una ligera tendencia a empezar lentamente a derogar el principio tradicional societas delinquere non potest...»*

---

<sup>17</sup> FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M.T., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho Penal Español», El nuevo Código Penal. Primeros problemas de aplicación, AA. VV., Dirección de cursos extraordinarios, Universidad de Salamanca, 1997, p. 134. GRACIA MARTÍN afirma, empero, que, actualmente, el problema de si las personas jurídicas son sujetos responsables criminalmente o no, no se puede resolver ya partiendo de la contraposición entre la teoría de la ficción de SAVIGNY y la teoría realista de GIERKE. Hoy se hace necesario afirmar, siguiendo a LARENZ en la doctrina alemana y a LA CRUZ BERDEJO en la española, «que la persona jurídica es un factor real, activo en el ámbito y en el acaecer sociales (..) una realidad propia, distinta de las personas físicas» (GRACIA MARTÍN, L., «La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas», Revista Peruana de Ciencias Penales, N° 4, julio-diciembre, 1994, pág. 472).

<sup>18</sup> HIRSCH, H. J., «Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Untemehmen», ZSTW, 1995, Heft 2, pág. 296; MIR PUIG, S., Derecho Penal. Parte General, PPU, Barcelona, 1995, p. 184.

<sup>19</sup> HIRSCH, J.H., «La Cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas», ADP, 1993, pág. 1102.

<sup>20</sup> KOCH, B., «Die Strafbarkeit juristischer Personen ...», ZStW, 1995, Heft 2, pág. 405.

<sup>21</sup> HIRSCH, H. J., «La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas», ADP, 1993, pág. 1102.

#### IV. DISCUSIÓN DOCTRINAL ACERCA DEL RECONOCIMIENTO DE LA PUNIBILIDAD DE LAS PERSONAS JURÍDICAS: ¿DEROGACIÓN O IMPOSIBILIDAD DOGMÁTICA DE REVISAR EL PRINCIPIO *SOCIETAS DELINQUERE NON POTEST*?

En el derecho español, las personas jurídicas son responsables tanto en Derecho Civil como en Derecho Administrativo. Empero, en el Derecho Penal sigue encontrando plena vigencia el principio tradicional *societas delinquere non potest*, que supone admitir que las personas jurídicas no serán responsables penalmente, de tal modo que de la comisión de los delitos en el seno de la misma responderán las personas físicas que han ejecutado dicha acción. La razón fundamental de que todavía no se haya derogado este principio es que, tal y como se conciben en el Derecho Penal español los conceptos de acción, culpabilidad y pena, dogmáticamente resulta imposible reconocer lo contrario, es decir, *societas delinquere potest*. Lo dicho aquí ha sido magistralmente explicado por BAJO FERNÁNDEZ y MUÑOZ CONDE. Así, al primer autor le interesa subrayar la imposibilidad existente en el plano dogmático para la admisión de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas: «... La dogmática jurídico penal (...) no admite una responsabilidad criminal de las personas jurídicas (...) La admisión de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas en Bélgica y en Francia se explica por el escaso arraigo de la dogmática jurídico penal. Tal y como se concibe la acción, la culpabilidad y la pena, la persona jurídica no tiene capacidad de acción, de culpabilidad ni de pena.»<sup>22</sup> A su vez, el profesor MUÑOZ CONDE nos explica que esto es así porque: «...desde el punto de vista penal, la capacidad de acción, de responsabilidad y de pena exige la presencia de una

*voluntad, entendida como facultad psíquica de la persona individual, que no existe en la persona jurídica, mero ente ficticio al que el Derecho atribuye capacidad a otros efectos distintos a los penales».*<sup>23</sup>

A mi juicio ha valido la pena introducir esta larga cita, porque dentro de ella se encuentra básicamente resumida cuál es una de las posiciones doctrinales que se van a exponer a lo largo de todo este trabajo, contrastándola con las opiniones contrapuestas a ella. Por tanto, las objeciones dogmáticas que principalmente se argumentan para no reconocer la responsabilidad penal de las personas jurídicas son su incapacidad de acción y culpabilidad y no susceptibilidad de pena.

##### 1. La incapacidad de acción como objeción dogmática principal para no reconocer la punibilidad de las personas jurídicas.

Respecto al primer argumento, que es el principal de los tres, es cierto que las personas jurídicas para actuar en el mundo exterior necesitan servirse de las acciones humanas y, por ello, se ha dicho desde una posición doctrinal, la mayoritaria, que en ellas falta una verdadera capacidad de acción propia, ya que han de actuar, repito, a través de acciones naturales de otros.<sup>24</sup>

El concepto de acción en Derecho Penal ha sido uno de los más complejos a la hora de definir y, aún hoy, no hay del todo una unanimidad absoluta en cuanto a su delimitación. De este modo, actualmente conviven tres concepciones distintas de acción, que han ocasionado divergencias en la ciencia jurídico penal, a saber: el concepto causal, el concepto final y el concepto social de acción.<sup>25</sup> Se hace preciso, por tanto, dar primero un concepto de acción válido, antes de ver si las sociedades pueden o no realizar hechos delictivos.

<sup>22</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M. «De nuevo sobre la responsabilidad de las personas jurídicas, ADP, 1981. p. 377.

<sup>23</sup> MUÑOZ CONDE, F., Teoría General del delito, Tirant lo blanch, Valencia, 1991, pág. 28. Siguiendo esta misma línea LUNA SERRANO y LACRUZ BERDEJO añaden que «a las personas jurídicas les falta conciencia y voluntad en sentido psicológico y, con ello, la capacidad de autodeterminación, facultades humanas que necesariamente ha de tomar prestadas de los hombres. Sólo son semejantes a la persona natural en cuanto a unidad de eficacia (...) en virtud de esa semejanza pueden, al igual que un ser humano, constituirse en sujeto de derechos y deberes.» (GRACIA MARTÍN, L., «La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas», Revista peruana de Ciencias Penales, 4, julio-diciembre, 1994, pág. 474)

<sup>24</sup> HIRSCH, H. J., «Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen, ZSTW, 1995, Heft 2, págs. 288 a 291.

<sup>25</sup> MIR PUIG, S. Ob. Cit.p. 169.

El primero de ellos, el concepto causal de acción, constituye la postura tradicional y todavía vigente en un sector de la doctrina penal española. Partiendo su formulación de una metodología positivista, este concepto de acción causal naturalista es para la dogmática alemana el pilar en el que se asienta todo el esquema clásico del delito, cuyas bases fueron sentadas por VON LISZT y BELING. Para el primer autor se podía definir como acción positiva: a) un movimiento corporal; b) causado por un impulso de la voluntad; que a su vez, c) constituye la causa de modificación del mundo exterior. A este concepto o definición de la acción se la llama causal, porque la voluntad humana sólo estaría comprendida por una función causada, que no por la fuerza dirigida a la producción o causación de un resultado («*Geschehensverlauf*»)<sup>26</sup>.

El concepto causal de acción fue sustituido en virtud del método fenomenológico y ontológico, que empezó a aplicarse al Derecho Penal, a través del concepto final de acción. El punto de partida del finalismo fue precisamente la superación del subjetivismo epistemológico, que había caracterizado al neokantismo de la Escuela Sudoccidental Alemana, a través de la afirmación de que el mundo empírico se halla ordenado previamente al conocimiento humano.

De este postulado deduce WELZEL que el análisis del concepto de acción no se debe de basar en la causalidad, sino en la finalidad, a saber, «*el dirigirse intencionalmente a una meta previamente elegida (...) Sólo la acción humana ve adónde tiende (...) a diferencia del resto de los procesos naturales, que actúan de modo ciego.*» La finalidad descansa sobre la capacidad del ser humano de presagiar las consecuencias de su ataque

(«*Eingreifen*») causal y por la utilización de sus medios orientar planificadamente el devenir a su meta. La voluntad que dirige el hecho causal es por ello «*das Rückgrat der finalen Handlung*» (la espina dorsal de la acción final), el factor director, que configura al fenómeno causal externo. La dirección final de la acción se consume en tres estadios: a) comienza con la anticipación mental de la meta a conseguir; b) de ello se deriva la selección de los medios accionales («*Handlungsmittel*») necesarios para la consecución de la meta; c) la conclusión está formada por la realización de la acción volitiva («*Handlungswillens*») en el mundo de los hechos empíricos.<sup>27</sup>

Las consecuencias de esta concepción de la acción final, desde un punto de vista finalístico, han sido magistralmente explicadas por MIR PUIG. Así este autor las resume del siguiente modo: «*Al momento de acción pertenece no sólo el momento de causalidad, sino también ya desde un principio, el de la finalidad, que no cabe trasladar a la culpabilidad sin vaciar de contenido la acción, objeto de la antijuricidad (...) La consecuencia fundamental de este planteamiento es la inclusión del dolo (que se equipara a la finalidad) en el tipo de injusto de los delitos dolosos: si el delito es acción antijurídica, la antijuricidad debe recaer sobre la acción y ésta exige esencialmente la finalidad, finalidad que en los hechos dolosos equivale, precisamente, al dolo.*»<sup>28</sup>

Finalmente, como teoría que se propuso perfeccionar o delimitar más detalladamente del concepto de acción se llegó al concepto social de acción, en su versión actualmente defendida por JESCHECK, que se nos presenta como una teoría superadora de las insuficiencias que presentaban tanto el concepto causal de acción como el final (en opinión de este mismo profesor), para terminar explicando de un modo sa-

<sup>26</sup> Si hacemos un análisis crítico de esta definición de la acción se nos muestra que con la nueva interpretación que se le dan a los comportamientos volitivos en los fenómenos causales la esencia de las verdaderas acciones volitivas no estaría comprendida. Lo específicamente humano respecto de la acción no está en la causalidad de la voluntad, porque las fuerzas de la naturaleza también funcionan de un modo causal, sino en el desenvolvimiento causal («*Kausalverlauf*») de la finalidad desde una perspectiva objetiva, respecto de la cual sólo el ser humano está capacitado. Por lo demás, el concepto causal de acción no puede incluir en él a la omisión. Ésta, por su propia manera de ser, se basa en que falta en ella un impulso volitivo esperado y, por ello, un determinado proceso causal no se pone en marcha (JESCHECK, H. H., Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, Duncker & Humblot, Berlin, 1988, págs. 197 a 198). En igual sentido, véase MUÑOZ CONDE, F., Teoría General del Delito, Tirant lo blanch, Valencia, 1991, pág. 26.

<sup>27</sup> JESCHECK, H.H., Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, Duncker & Humblot, Berlin, 1988, pág. 198.

<sup>28</sup> MIR PUIG, S. Ob. Cit. pág. 171. También se han alzado críticas sobre la concepción final de la acción. Para JESCHECK la conducción del desenvolvimiento causal característica para el devenir de la acción final a través de impulsos volitivos falta en la omisión. Con independencia de ello la acción imprudente tampoco se deja ordenar sin dificultades dentro del concepto final de acción. Por tanto, tampoco esta teoría puede servir para formular un concepto de acción completo y útil para una correcta y completa dogmática del Derecho Penal (JESCHECK, H. H., Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, Duncker & Humbolt, Berlin, 1988, pág. 199).

tisfactorio las distintas formas del comportamiento humano que tienen relevancia para el Derecho Penal. Esta tesis entiende que el único modo de hallar un concepto de acción que aún a tanto a los delitos dolosos, como a los culposos y los de pura omisión, es poner como base a un denominador común, bajo el cual puedan aglutinarse las distintas formas de comportamiento humano que dan lugar a cada una de aquellas modalidades de delitos.

Esta síntesis se debe buscar en la relación del comportamiento humano con el mundo circundante. Este es el sentido del concepto social de acción. Acción es, por ello, un comportamiento humano socialmente relevante. Aquí se debe entender por comportamiento toda respuesta del ser humano a una exigencia situacional reconocida o, al menos, reconocible, mediante la realización de una posibilidad de reacción de la que dispone gracias a su libertad. El comportamiento puede consistir en el ejercicio de la actividad final (finalidad), puede asimismo limitarse a la causación de consecuencias, en tanto que el proceso sea dirigible acudiendo a la finalidad (imprudencia). Por último, puede manifestarse igualmente en la inactividad frente a una concreta esperanza de acción, que no tiene que estar necesariamente fundada en el Derecho, siempre que también aquí se presuponga que, en definitiva, concurre la posibilidad de dirección (omisión).<sup>29</sup>

Actualmente, el concepto de acción relevante para el Derecho Penal no puede obtenerse simplemente de la pura observación de los hechos humanos, sino que debe también ser puesto en relación con las exigencias del Derecho Penal. Los comportamientos que le son relevantes existen *a priori*, con independencia de sus condicionamientos. La selección por el Derecho

Penal de los hechos jurídicos penalmente relevantes se efectuará *a posteriori* de su existencia, de tal modo que no todos los comportamientos humanos van a ser importantes para el Derecho Penal, concretamente no le van a importar «aquéllos frente a los cuales la prohibición penal carecería de todo sentido», y van a ser, por tanto, excluidos del concepto jurídico penal de acción.

Desde la perspectiva de un Estado social y democrático de Derecho, como es el español, un análisis de la norma penal revela que sólo tiene significado y sentido prohibir los comportamientos del hombre que sean externos y finales. En consecuencia, con esta última afirmación se viene a admitir, por una parte, que sólo podrán ser prohibidos comportamientos finales, pero, por otra, que éstos deben ser importantes al Derecho Penal en cuanto comportamientos dotados de significado social.

Resumiendo, enfocado desde una perspectiva jurídico penal, se hace notar que la presencia del delito, no sólo en su base, sino también respecto a los demás elementos que se apoyan en ella, está doblemente condicionada, a saber, por un lado, sólo es legítimo desear prohibir conductas externas (primer postulado del principio de dañosidad social) y sólo se podrán prohibir legítimamente conductas que sean voluntarias (exigencia básica del principio de culpabilidad en sentido amplio).<sup>30</sup> Esta exigencia, de que sólo van a poder ser susceptibles de prohibición jurídico penal comportamientos externos y voluntarios, que no mentales ni ocasionados por el simple devenir o azar de la naturaleza, deriva, como bien ha señalado MUÑOZ CONDE, de la estructuración de nuestro Derecho Penal como un Derecho Penal de acto y no de autor.<sup>31</sup>

<sup>29</sup> JESCHECK, H. H., ob. cit. págs. 200 a 201. Sin embargo, este concepto social de acción tampoco es pacífico doctrinalmente. En opinión de MUÑOZ CONDE también esta definición de la acción es susceptible de crítica, pues este concepto de relevancia social peca de ser excesivamente ambiguo, «y, en última instancia, es un dato prejurídico que no interesa directamente al jurista. Lo que a éste le interesa es, en definitiva, la relevancia típica (MUÑOZ CONDE, F., Teoría General del delito, Tirant lo blanch, Valencia, 1991, pág. 27).

<sup>30</sup> MIR PUIG, S. Ob. Cit. pp: 172-173.

<sup>31</sup> La distinción efectuada entre Derecho Penal de acto y Derecho Penal de autor, siguiendo a MUÑOZ CONDE, no sólo debe ser contemplada como una cuestión puramente sistemática, sino también política e ideológica, de modo que «sólo el Derecho Penal basado en el acto cometido puede ser controlado y limitado democráticamente». El problema que plantea un Derecho Penal de autor es que éste se construye sobre determinadas cualidades de la persona de las que ésta, mayoritariamente, no es responsable y, por otro lado, éstas no pueden ser descritas con la nitidez requerida en los tipos penales. De este modo sería muy sencillo describir los actos que llegarían a constituir un homicidio o un hurto, mientras que extremadamente más difícil sería empañarse en describir en el tipo penal las características y cualidades que deberían, en su caso, acompañar a un ladrón o a un homicida. Como consecuencia de ello un Derecho Penal de autor nunca sería suficiente para limitar el poder punitivo de un Estado y, por el contrario, favorecería una concepción totalitaria del mismo (MUÑOZ CONDE, F., Teoría General del delito, Tirant lo blanch, Valencia, 1991, págs. 23 a 24).

En base a esta definición de la acción, una parte de la doctrina, la mayoritaria, fundamenta que las personas jurídicas no van a poder nunca ser responsables criminalmente, porque el Derecho Penal exige la concurrencia en el sujeto activo de una facultad de querer, es decir, una potencialidad volitiva, que difícilmente puede ser predicable de las personas jurídicas; al faltar en ellas ese requisito fundamental, a saber, la esencia voluntarista finalista individual, y, al ser éstas, a su vez, un ente ficticio creado por el Derecho, podemos afirmar rotundamente que la persona jurídica carece de capacidad de acción<sup>32</sup>. Por tanto, la acción típica no es una actividad realizada por la persona jurídica, sino que ésta es ejecutada por las personas que la integran<sup>33</sup>.

El profesor alemán HIRSCH se manifiesta totalmente crítico con la posición que aquí hemos mantenido. Este autor parte de considerar que las personas jurídicas son una realidad indiscutible en la sociedad actual y, precisamente por tal existencia, son destinatarias de obligaciones, de tal modo que pueden cometer una lesión a ese deber, cuando no cumplen las órdenes normativas que se les dirige. Partiendo del hecho de que la corporación actúa externamente a través de acciones humanas de sus órganos, podemos predicar que estas acciones son al mismo tiempo también las suyas propias y, por ello, las asociaciones de personas legalmente reconocidas son capaces de acción: «...la afirmación de la punibilidad de las asociaciones de personas debe ser vinculada a una acción penalmente típica de una persona natural que actúa por la asociación. En esa medida se habla del hecho vinculante. Por eso, el problema también es independiente de la polémica penal, relativa a si con relación a la estructura de la acción penalmente relevante, se debe partir de un concepto final, causal o social. De lo que se trata en nuestra cuestión (...) no es de los elementos estructurales del actuar, sino de su relación con el sujeto».<sup>34</sup>

En mi opinión, esta idea es poco convincente. Las personas jurídicas, pese a su importancia en las sociedades actuales, son una ficción creada por el Derecho, a través de la cual un número considerable de personas se pueden agrupar para perseguir una finalidad común; y esta ficción, entre otras cosas, les facilita su actividad, económica fundamentalmente, en la sociedad y los hace fácilmente reconocibles por las demás personas. Ciertamente, a las personas jurídicas se les hace destinatarias de determinados deberes, pero no se espera que sea ella misma la que los satisfaga, sino los miembros que la integran. Empero, el orden jurídico social que supone que todos los miembros integrantes de una unidad se agrupen bajo una entidad jurídica con un nombre único y original, que los haga fácilmente identificables (imagínense las dificultades que supondría que cada vez que tuviésemos que dirigirnos a una agrupación de personas tuviésemos que nombrar a todos y cada uno de sus miembros, más cuando estamos ante una gran empresa con incontables accionistas), hace necesaria la creación de éstas, sin que con ello se les reconozca que tengan una voluntad propia, individual y distinta de los demás miembros que la integran.

La capacidad de acción de las personas jurídicas ha sido también defendida por un gran especialista en el ámbito del Derecho Penal Económico, TIEDEMANN, junto con BRENDER, que las reconocen como destinatarias de las normas de conducta y hablan de una autoría de la propia agrupación («Verbandstätterschaft»). Partiendo estos autores de que la propia persona jurídica necesita de sus órganos y representantes para poder realizar sus propias acciones, la conclusión, entonces, de una autoría propia de la agrupación sólo se podría fundamentar a partir de la imputación de un hecho ajeno. Sin embargo, esto no conlleva ningún problema si se tiene en cuenta que en Derecho Penal ya se conocen

<sup>32</sup> JESCHECK, H. H., *Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil. Ob. Cit.* págs. 200 a 201. Como crítica a este punto de vista véase ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Conveniencia político criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*», CPC, N° 11, 1980, pág. 80.

<sup>33</sup> BAJO FERNÁNDEZ reconoce la capacidad de acción de las personas jurídicas. Según este autor la persona jurídica «tiene capacidad para realizar otros actos jurídicamente relevantes como firmar contratos, o realizar negocios jurídicos, que pueden ser los fundamentos de una acción criminal». Sin embargo, en mi opinión este planteamiento no me parece en absoluto convincente, porque este autor está olvidando que son los miembros pertenecientes a esa persona jurídica los que llevan a cabo tales actos jurídicos (FERNÁNDEZ SANCHEZ, M. T., «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho Penal Español», *El Nuevo Código Penal. Primeros problemas de aplicación*, AA. VV., Dirección de Cursos Extraordinarios, Universidad de Salamanca, 1997, pág. 129).

<sup>34</sup> HIRSCH, H. H., «*Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*», ZSTW, 1995, Heft 2, págs. 288 a 291; HIRSCH, H. H., «*La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas*», ADP, 1993, págs. 1105 - 1106.

supuestos en donde la autoría de un sujeto se fundamenta a partir de un hecho realizado por otro, a saber, en los supuestos de coautoría y autoría mediata<sup>35</sup>.

En mi opinión, la tesis de TIEDEMANN y BRENDER como fundamento de la capacidad de acción de las personas jurídicas no puede ser aceptada si se tiene en cuenta la definición de la autoría mediata y la coautoría en el Derecho Penal moderno. Tanto en la primera, que supone valerse, como un instrumento para la realización del delito, de otro sujeto, que generalmente no lo sabe, como en la segunda, que viene a ser la realización conjunta por varios sujetos de un hecho delictivo, en la que todos intervienen en la ejecución material del delito, debe de concurrir el dominio del hecho en estos mismos sujetos, lo que viene implícitamente a suponer que concurren en ellos un elemento voluntarista finalista individual, que es un requisito esencial para la imputación jurídico penal de un hecho delictivo a título de dolo, exigencia de imposible concurrencia en las personas jurídicas, mero ente ficticio creado por el Derecho, en la cual la capacidad de acción, empero, sí puede concurrir en los distintos miembros que la conforman<sup>36</sup>.

La capacidad de acción, a modo de recapitulación sólo es predicable de las personas humanas. Sin embargo, se han alzado otras objeciones dogmáticas al reconocimiento de la punibilidad de las asociaciones, a mi juicio de menor envergadura que la primera objeción que hemos expuesto, pero también importantes y de imprescindible análisis en este trabajo de investigación.

## 2. La incapacidad de culpabilidad de las personas jurídicas en el Derecho Penal moderno

La segunda objeción que una parte de la doctrina ha argumentado contra la responsabilidad penal de las personas jurídicas es la imposibilidad de poder serle atribuidas capacidad de culpabilidad.

En Derecho Penal, la capacidad de culpabilidad supone una reprochabilidad personal del hecho delictivo cometido. Ya el Tribunal Supremo Federal alemán, en su famosa decisión de 1952, donde se trataba de reconocer el error de prohibición, dijo al respecto lo siguiente, conforme a la concepción tradicional: « ... Culpabilidad significa que el hombre puede decidirse en contra del Derecho a partir de una «autodeterminación libre, responsable y moral». Y de esta vinculación entre culpabilidad y personalidad moral se sigue que sólo puede formularse un reproche de culpabilidad frente al hombre»<sup>37</sup>.

Al margen de lo actual que pueda resultar la afirmación antes citada, en la discusión de la cuestión se planteó la propuesta de si no se podría renunciar aquí a la culpabilidad, a diferencia del caso del ser humano, y sustituirla por la perspectiva del interés público predominante. Sin embargo, esta idea no prosperó, dada la renunciabilidad que ello supone, de una de las garantías del Estado de Derecho, a saber, el concepto de culpabilidad, que protege frente a castigos inadecuados. En virtud de esta solución, este concepto quedaría desnaturalizado, convirtiéndose nuestro Derecho Penal en un mero Derecho Penal de responsabilidad<sup>38</sup>.

Actualmente tenemos que entender que sólo cuando concurre en un sujeto una capacidad intelectual y volitiva individual se da el presupuesto que exige la imputabilidad, y allí donde falte la misma imputabilidad no puede ser reconocida capacidad de culpabilidad alguna. Dado que las personas jurídicas no pueden ser consideradas sujetos imputables, no podrá reconocérselas capacidad de culpabilidad y, por tanto, nunca concurriría en ellas responsabilidad criminal alguna<sup>39</sup>.

No obstante, también hay autores, como HIRSCH, que se han manifestado contrarios a esta tesis y han afirmado y fundamentado la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas. Según este profesor, se habla frecuentemente de la culpabilidad de una empresa, por ejemplo, en el caso de

<sup>35</sup> GRACIA MARTÍN, L., «La cuestión de la responsabilidad de las propias personas jurídicas», Revista peruana de Ciencias Penales, N° 4, julio-diciembre, 1994, págs. 496- 497.

<sup>36</sup> MUÑOZ CONDE, F., Teoría General del delito, Tirant lo blanch, Valencia, 1991, págs. 178 a 179.

<sup>37</sup> HIRSCH, H. H., «Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen», ZSTW, 1995, Heft 2, pág. 291.

<sup>38</sup> HIRSCH, H. H., «Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen», ZSTW, 1995, Heft 2, pág. 292.

<sup>39</sup> ZUGALDÍA ESPINAR, J. M., «Conveniencia política criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*», CPC, N° 11, 1980, p. 80-81.

que una empresa química vierta sustancias tóxicas en un río y, a consecuencia de ello, han muerto gran parte de los peces y se ha puesto en peligro el suministro de agua potable. Este ejemplo sería ilustrativo a tal efecto, porque nos demostraría como la culpabilidad, en un supuesto de esta naturaleza, no sería algo éticamente indiferente. De este modo, al hacersele un reproche de culpabilidad a la corporación le estaríamos aplicando un parámetro social<sup>40</sup>. Por último, este mismo profesor termina argumentando del siguiente modo: «... Con relación a la cuestión de si existe culpabilidad penalmente relevante, de lo que se trata es sólo de que sean consideradas a favor del autor del hecho antijurídico determinadas anomalías y déficits de conocimiento que van en contra de su motivación a un actuar conforme a Derecho. Sigue diciendo HIRSCH que «la esencia de la corporación consiste justamente en que no es una mera suma de personas individuales, sino que constituye una estructura independiente que se separa de ellas. La culpabilidad de la asociación no es idéntica a la culpabilidad de sus miembros. La capacidad penal tampoco fracasa si se tiene en cuenta el requisito de la culpabilidad. En el caso de las asociaciones se da más bien un fenómeno paralelo al de la culpabilidad individual (... )»<sup>41</sup>.

Sin embargo, esta tesis del profesor HIRSCH no es del todo correcta. Partiendo de la base de que los elementos que integran la culpabilidad son tres, a saber, a) la imputabilidad o capacidad de culpabilidad, b) el conocimiento de la antijuricidad

del hecho cometido; y c) la exigibilidad de un comportamiento distinto; como digo, partiendo de ahí, el fundamento material de la culpabilidad se da cuando un sujeto, en el momento de cometer la infracción, no sólo comprendía la ilicitud de su conducta («Unrechtseinsicht»), sino que también podía actuar conforme a esta comprensión, siguiendo a la doctrina mayoritaria.<sup>42</sup> De esta definición podemos extraer una conclusión evidente: para que una persona jurídica pueda superar un juicio positivo de culpabilidad ha de concurrir en ella un elemento intelectual y otro volitivo. Empero, estos dos elementos, si bien son predicables de las personas físicas, por tanto de los miembros de una corporación determinada, nunca podrán ser atribuidos a la misma entidad jurídica, puesto que ésta no es más que un ficción creada por el Derecho, cuya voluntad está constituida por los acuerdos de las personas que la integran, que pretenden unificar las voluntades de cada una de éstas, para dirigirse todos conjuntamente hacia un fin común.

Demostrado que las personas jurídicas no pueden ser capaces de acción ni tampoco soportar un reproche de culpabilidad, existe todavía un tercer argumento que la doctrina mayoritaria utiliza como arma para desmontar la posible punibilidad de las corporaciones legalmente reconocidas, a saber, su incapacidad de sufrir una pena, dada su insuficiente utilidad y la carencia de un fundamento satisfactorio a tal efecto.

<sup>40</sup> HIRSCH, H.H. *Ob. Cit.* pp. 291-294.

<sup>41</sup> HIRSCH, H. H., «La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas», ADP, 1993, págs. 1110 - 1112. Otros autores, como el profesor TIEDEMANN, también reconocen a las personas jurídicas como susceptibles de capacidad de culpabilidad, pero este autor la fundamenta de un modo distinto, a saber, sirviéndose del criterio de la «culpabilidad por defecto de organización» (Organisationsverschulden oder Organisationsfehler). En virtud de este criterio, los hechos individuales de los miembros deberían ser imputados a la agrupación en su conjunto, por no haber adoptado los demás miembros que la constituyen las medidas de precaución oportunas para evitar la ejecución de hechos delictivos en el mismo desarrollo de la empresa. La razón es que «las medidas de precaución omitidas, y los deberes que así se infringen consisten respectivamente en medidas y deberes de vigilancia, de control y de organización, que obligan a la misma agrupación como tal agrupación» (GRACIA MARTIN, L., «La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas», Revista peruana de Ciencias Penales, 4, julio-diciembre, 1994, págs. 499 a 500). Esta propuesta del profesor TIEDEMANN ha sido fuertemente criticada por RODRIGUEZ MOURULLO. Este último profesor explica, y esta opinión sin duda me parece mucho más correcta, que si bien el criterio de la culpabilidad por defecto de organización puede ser útil y correcto en una pequeña entidad, en las grandes Sociedades Anónimas este mismo criterio llevaría a soluciones injustas, puesto que en este tipo de agrupaciones la participación social es más exigua a mayor número de accionistas. Siendo esto así, argumenta este profesor que «los socios excluidos del grupo dominante, aun cuando representan la mayoría del capital, no tienen de hecho poder de decisión ni están en condiciones (...) de llevar a cabo una efectiva verificación de la legitimidad de la gestión social. (...) de tal modo que la dinámica de la sociedad viene determinada no tanto por el interés y riesgo de los titulares del capital, cuanto por la capacidad técnica y profesional de los dirigentes» (RODRIGUEZ MOURULLO, G., «Algunas consideraciones político- criminales sobre los delitos societarios», ADP, 1984, págs. 686).

<sup>42</sup> EBERT, U., *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1994, pág. 95. KÜHL, *Strafrecht. Allgemeiner Teil*, Verlag Franz Vahlen, München, 1994.

### 3. La incapacidad de pena de las personas jurídicas como última objeción dogmática para mantener vigente el principio tradicional *societas delinquere non potest*.

La pena, dada su esencia, difícilmente se puede adecuar a las corporaciones, puesto que ella supone en sí un juicio de desaprobación ético-social de la sociedad. Empero, en la literatura penal de los últimos años ya casi no se habla del concepto clásico de la pena, puesto que ha triunfado una nueva tendencia, que no es otra que la de las teorías de la prevención. Por consiguiente, la pregunta fundamental aquí viene a ser si la prevención general y especial puede llegar a tener sentido y efectividad respecto a las personas jurídicas.

Para el profesor HIRSCH esto es perfectamente posible. Respecto a la prevención general, pone el ejemplo del supuesto en el que se impusiera una sanción dineraria contra una sociedad anónima por un hecho delictivo. Esto conllevaría que las demás empresas se planteasen si vale la pena correr un riesgo de sanción de esta naturaleza. En relación con la prevención especial, este mismo autor fundamenta que ante el mismo ejemplo expuesto la misma persona jurídica que ha sufrido la sanción tendrá a partir de entonces más cuidado de entrar otra vez en conflicto con la ley respectiva. De este modo, finaliza su argumentación, no se debería de olvidar que las personas jurídicas están sometidas a la opinión pública y, por ello, se esforzarán a partir de entonces en impedir nuevos daños a su imagen.<sup>43</sup>

La verdad es que cabría preguntarle a este profesor lo siguiente. Respecto a la prevención general, ¿Quién se plantearía verdaderamente si es satisfactorio correr el riesgo de una sanción, la persona jurídica como un ente real o las personas físicas que la conforman y velan por su crecimiento y competitividad en el mercado? Por otro lado, en relación a la prevención especial ¿no serían más bien los accionistas de una sociedad anónima los que velan por la buena imagen de la misma ante la opinión pública, que la persona jurídica en sí misma considerada y por su sola voluntad?

A mi juicio, hay que forzar en demasía la fantasía para poder imaginarse a una persona jurídica planteándose posibles riesgos y guardando su buena apariencia ante la opinión pública.

Más correcta parece la argumentación contraria, que fue magistralmente explicada y expuesta en 1953 por KARL ENGISCH, en las Jornadas de Juristas Alemanes. Así, este autor opinaba, y a mi juicio vale la pena plasmar aquí tan larga cita, que: «... cada uno de nosotros ya tiene suficiente carga con responder por aquello que él mismo es y ha hecho, y que no tenemos ninguna inclinación a responder también, sin culpa, por aquello que otros han hecho culpablemente, y con los cuales la casualidad, la desprevención, la buena fe, nos ha unido en una asociación. Solo en la medida en que se nos pueda hacer realmente el reproche de haber participado en alguna forma culpablemente, activa o pasivamente, dolosa e imprudentemente, en el hecho delictivo dentro de la asociación, sentimos como justa una responsabilidad penal por este hecho delictivo»<sup>44</sup>.

Hasta ahora hemos analizado y visto como una parte de la doctrina, la mayoritaria, no admite la capacidad de acción, culpabilidad y pena de las personas jurídicas y como otra parte de la doctrina, la minoritaria, sí la reconoce. Pero hay aun otro sector que reconociendo la imposibilidad dogmática de poder hacer a las personas jurídicas penalmente responsables de los hechos delictivos que en su seno se cometan, propone la revisabilidad de estas categorías, porque, en su opinión, por encima de éstas se debe colocar la conveniencia político criminal de exigirles tal responsabilidad.

Autores que defienden esta tesis podemos encontrarlos en todos los países que se han planteado tal problemática, cuyo Derecho Penal se fundamenta en los mismos postulados dogmáticos que el nuestro y, al igual que España, mantiene en vigor el principio *societas delinquere non potest*. Los argumentos que utilizan son los siguientes:

- a) Durante el siglo XIX se puede observar un enfriamiento del principio *societas delinquere non potest*, porque lo que efectivamente pudo tener sentido en épocas pretéritas, con el devenir del

<sup>43</sup> HIRSCH, H. H., «Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen», ZStw, 1995, Heft 2, pág. 1113.

<sup>44</sup> ENGISCH (Anm. 3), S. E 24 f; citado por HIRSCH, H. H., «Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Untemehmei», ZSTW, 1995, Heft 2, págs. 296 - 297.

tiempo y el surgimiento de nuevas modalidades delictivas, sobre todo en el plano económico, debe llevar a la instrumentalización de nuevos procedimientos para su prevención.

- b) Las ciencias empíricas vienen a poner de manifiesto una realidad incuestionable, a saber, la aparición de una importante criminalidad asociacionista, sobre todo en materia económica.
- c) La criminología sobradamente ha demostrado ya la compleja estructura típica de las grandes empresas, lo que acarrea grandes dificultades a la hora de individualizar a la persona penalmente responsable y, por ello mismo, qué mejor solución que admitir la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas.
- d) En palabras de ZUGALDIA ESPINAR máximo representante de esta corriente en el Derecho Penal español, «*la sociedad anónima es un magnífico medio para lavarse las manos. Si las cosas van mal, acháquenselas a la corporación y, como societas delinquere non potest el Ministerio Punitivo del Estado no encuentra una percha en la que colgar el sombrero de la responsabilidad*»<sup>45</sup>.

En España, este mismo autor opina, además, que elaborar un Derecho Penal Económico en el que se pueda reconocer con carácter general la responsabilidad penal de las personas jurídicas no parece ser el camino más satisfactorio a escoger, porque la delincuencia de las sociedades no tiene por qué limitarse sólo y exclusivamente en el campo económico, pudiendo aparecer en otros sectores de la vida social. La cuestión estriba en el mantenimiento del status quo de las categorías dogmáticas vigentes o su reelaboración, como consecuencia de las nuevas exigencias político criminales que al respecto se plantean en nuestra so-

cialidad actual. ZUGALDIA ESPINAR lo tiene muy claro, ante lo segundo debe de ceder lo primero, puesto que ello supondría «*acercar el Derecho Penal a la Política Criminal, prescindir de las categorías de un Derecho Penal sin futuro y allanar el camino para dar en el futuro nuevas sanciones a otros tantos problemas que, como el discutido, se van a presentar*».<sup>46</sup>

Sin embargo, la revisabilidad de las categorías dogmáticas no es una solución necesaria. Piénsese que la ineficacia de determinadas sanciones previstas en un determinado Derecho Positivo no se puede resolver a través de la modificación de las teorías de la acción, de la culpabilidad o de la pena, para, de este modo, poder llegar a admitir la responsabilidad penal de las personas jurídicas. En realidad la discusión de si se deberían de revisar las categorías dogmáticas para reconocer dicha responsabilidad está condenada a la esterilidad, pues se admita o no a nivel dogmático la responsabilidad penal de las corporaciones, las sanciones vendrían a ser las mismas. Este modo de enfocar la inoportunidad de revisar las categorías dogmáticas ha sido defendido por BAJO FERNANDEZ, que también ha criticado la teoría de ZUGALDIA ESPINAR denunciando que: «*... la ineficacia de las sanciones es un problema que sólo se resuelve imponiendo sanciones más eficaces (...) imponer sanciones más eficaces no implica necesariamente cambio alguno en el principio societas delinquere non potest, a no ser que se pretendiera imponer penas privativas de libertad a los entes colectivos*». BAJO FERNANDEZ, además, añade a toda esta cuestión un dato importantísimo. Este mismo autor se pregunta si «*los costos que esto acarrearía, fundamentalmente prescindir de los principios liberales garantizadores de la culpabilidad y personalidad de las penas, compensa el capricho, puramente dogmático, de declarar la responsabilidad criminal de las personas jurídicas*»<sup>47</sup>.

<sup>45</sup> ZUGALDIA ESPINAR, J. M., «Conveniencia política-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*», CPC, n. 11, 1980, pp. 81-84.

<sup>46</sup> ZUGALDIA ESPINAR, J. M., ob. cit., pág. 86. Conviene, antes que nada, volver a resaltar, como ya he hecho anteriormente, que esta idea no es patrimonio exclusivo de la doctrina española. Así, en el Derecho argentino CUETA RÚA y COSSIO defienden la misma postura, puesto que, según estos autores, lo que no se puede en ningún modo pretender es que la realidad se tenga que adecuar a las teorías ya elaboradas, con independencia de ella, y no al revés. En Argentina, ZAFFARONI ha criticado la propuesta de estos dos últimos profesores argumentando que «*la disputa en torno de la capacidad penal de las personas jurídicas es casi especulativa, porque la circunstancia de que las personas jurídicas no tengan capacidad jurídica no implica de ningún modo, que no sea posible sancionar a los directores que en el desempeño de sus cargos cometen delitos. Nada impide tampoco la aplicación de una sanción administrativa a la persona jurídica, lo que no afecta (...) ni atenta a los principios que fundan la culpabilidad penal*». Dicho sea de paso que se le puede hacer una crítica a ZAFFARONI, puesto que este autor no ha advertido las enormes críticas que la doctrina penal alza contra la imposición de sanciones administrativas contra las personas jurídicas. (LEON PAGANO, J., Derecho Penal Económico, Depalma, Buenos Aires, 1983, pág. 39).

<sup>47</sup> BAJO FERNÁNDEZ, M., «De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas», ADP, 1981, pp. 376-379.

Una vez expuestas, analizadas, explicadas y criticadas, en su caso, cada una de las posiciones doctrinales de algunos autores que han tratado este tema y, a su vez, después de haber fijado la posición correcta a través de la cual debe enfocarse la problemática, cabe preguntarse el porqué de este estallido de la discusión en los últimos años y cuáles deben ser las consecuencias jurídicas aplicables a las corporaciones.

## V. LA IMPORTANCIA DE LAS PERSONAS JURÍDICAS EN LAS SOCIEDADES ACTUALES Y LAS CONSECUENCIAS JURÍDICAS APLICABLES A LAS MISMAS.

El fundamento de este enfrentamiento doctrinal actual del principio *societas delinquere non potest* se debe a las profundas transformaciones, de naturaleza político criminal que la Parte Especial ha sufrido y, fundamentalmente, también a un factor determinante, que ha sido la consolidación de un nuevo Derecho Penal Económico. Con respecto a esto último, piénsese que los tipos del Código Penal habían sido redactados con la finalidad de proteger bienes jurídicos patrimoniales individuales y es cuando se empiezan a introducir nuevos tipos penales para la protección de nuevos bienes jurídicos económicos o socio-económicos cuando el Derecho Penal empieza a perder la eficacia político criminal que ostentaba anteriormente. La cuestión es hasta tal punto cierta, que si se piensa en los nuevos tipos introducidos es fácilmente constatable que difícilmente van a poder realizarse por un individuo particular, sino que más bien va a tener que entrar la gran empresa económica en escena.<sup>48</sup>

La estructura económica de la sociedad y la concepción misma del Derecho y del Estado han evolucionado mucho, sobre todo a lo largo de todo este siglo, hasta fraguarse una sociedad competitivo-industrial regida por el modelo del Estado Social, que en mayor o menor medida tiene la obligación de intervenir, dirigir y planificar el desarrollo económico.<sup>49</sup> En este profundo cambio económico han tenido un papel espe-

cialmente importante las personas jurídicas. De este modo, éstas constituyen hoy una realidad indiscutible, que se ha hecho presente, prácticamente, desde el nacimiento de la sociedad industrial. Este tipo de entidades aparecen en innumerables ámbitos de la vida jurídica, pero ha sido fundamentalmente en relación con actividades económicas o mercantiles donde se ha presentado mayoritariamente los problemas que el Derecho Penal actual trata de resolver, porque en esta materia, como bien ha señalado QUINTERO OLIVARES, es donde las personas jurídicas «por su propia naturaleza dinámica comisiva permiten, en mayor medida, las actividades individuales parapetadas en la responsabilidad colectiva «algo inimaginable en relación con los delitos contra las personas».<sup>50</sup>

Partiendo, por tanto, de la afirmación de que la persona jurídica, tiene en la vida social una incidencia tanto en el tráfico como en las relaciones de todo tipo tan grande como la persona física, sin embargo, este hecho choca con otro menos discutible todavía como es que el Derecho Penal sólo está pensado para ésta últimas, no así el resto del Derecho Positivo, a saber, el civil, mercantil, tributario y administrativo, ámbitos en los cuales estos entes cuentan con un importante desarrollo normativo, que gira en torno a las condiciones de nacimiento, requisitos, objeto, órganos que las han de gobernar, organización de sus participantes, obligaciones fiscales, etc., lo que hace posible que en estos ámbitos sí se les pueda exigir responsabilidades a las personas jurídicas y para estos supuestos se prevean consecuencias jurídicas perfectamente aplicables a aquéllas (aunque en relación a las sanciones administrativas se está imponiendo un sector doctrinal contrario a su aplicación a las sociedades)<sup>51</sup>

Empero, el sector minoritario de la doctrina que defiende la punibilidad de las personas jurídicas no entiende que esta solución sea satisfactoria. Por ejemplo, HIRSCH denuncia el importante papel que tienen las empresas en la sociedad actual, y los casos creciente en los cuales la empresa aparece en su totalidad como el único autor. Según este profesor es insuficiente que esa empresa pueda hacer cargar su propia sanción sobre las personas individuales que han

<sup>48</sup> GRACIA MARTÍN, L., «La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas», *Revista peruana de Ciencias Penales*, n. 4, julio-diciembre, 1994, pág. 488.

<sup>49</sup> RODRÍGUEZ MOURULLO, G., «Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios», ADP, 1984, pág. 679.

<sup>50</sup> QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho Penal Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 1993, pp. 569- 570.

<sup>51</sup> QUINTERO OLIVARES, G. *Ob. Cit.* p. 570.

actuado. Por otra parte se señala que dada la fuerte grandeza de muchas empresas económicas, la enorme dificultad estriba en identificar al autor o autores individuales dentro de la misma empresa. Pero en el caso de que esto fuera posible, tampoco considera este autor una sanción satisfactoria la disminución de una parte de la riqueza que por la acción delictiva se le ordenará a la empresa.<sup>52</sup>

No quiero volver a entrar en la disputa dogmática de si debería mantenerse en vigor el principio *societas delinquere non potest*, puesto que ya ha quedado suficientemente claro cuál ha sido la posición doctrinal aquí acogida, y que la tesis del profesor HIRSCH no puede ser defendida tal y como él la plantea. Sin embargo, hay en su teoría un punto del todo cierto, a saber, el aumento de la criminalidad económica dentro de las empresa, en los últimos años, se ha disparado hasta cifras «insospechadas». Esta afirmación la demuestra, por ejemplo, el dato siguiente: en los EE.UU se han formulado más de 1500 acusaciones contra empresas, sólo en los tribunales de distrito, en un periodo tan corto como el que va de 1984 a 1987. Igualmente, en Alemania se ha denunciado el hecho de que el 80% de los delitos económicos más graves han sido cometidos bajo el mando de una empresa. El fundamento o razón de una realidad tan indiscutible se encuentra, como bien ha señalado HIRSCH, en «*el aumento del fin de lucro desmedido, de la competencia, los estímulos para el abuso del complejo sistema de subvenciones, y en último término, el desarrollo técnico con los elevados riesgos que de él se derivan*».<sup>53</sup>

Este fenómeno ha alarmado a juristas y jueces del mundo entero, como bien ha señalado GUILLERMO A. BORDA, y prescindiendo ahora de toda disputa doctrinal, estos mismos jueces han comenzado no sólo a sostener, sino también a aplicar un principio que se ha considerado triunfante, a saber: «...cuando se abusa de las persona jurídica, pretendiendo utilizarla

*con fines no queridos por la ley, es lícito rasgar o cortar el velo de la personería, para penetrar en la verdad que se esconde detrás de él, y hacer prevalecer la justicia y las normas de orden público que han pretendido violarse (...)* Claro está que no basta el ejercicio por los mismos jueces de su atribución de descorder el velo de la personaría para solucionar los problemas que dejamos señalados (...) la solución debe venir, por lo tanto, por la vía legislativa (... )»<sup>54</sup>.

A nivel legislativo, en el Derecho Comparado, podemos encontrar múltiples formas de darle una solución a este problema. Estudiar y analizar todas y cada una de ellas aquí carecería de sentido, aunque sí se le va a prestar especial atención al Derecho Positivo español. Son indiscutibles las variopintas

reformas legislativas, a nivel europeo, que se están produciendo en los últimos años, con una ligera tendencia a empezar lentamente a derogar el principio tradicional *societas delinquere non potest*. Pero dentro de este movimiento de profundos cambios, cobra especial importancia la

Recomendación 18/88 del 20 de octubre, del Comité de Ministros de los Estados miembros del Consejo de Europa, que ha propuesto la aplicación de sanciones penales a las empresas cuando la naturaleza de la infracción, la gravedad de la culpabilidad de la empresa y la necesidad de prevenir otras infracciones así lo exijan.

La base de esta afirmación, a nivel Europeo, se ha querido encontrar por el Consejo de Ministros en dos datos empíricos: a) Por un lado, el cada vez más progresivo número de casos en los que en el seno de las empresas se han cometido innumerables infracciones penales; b) y, por otro, dada la estructura compleja de las empresas contemporáneas, la dificultad existente respecto de la identificación de las personas físicas responsables de las infracciones<sup>55</sup>. En mi opinión, esta Recomendación del Consejo de Ministros

«... la consecuencia jurídica que va a ser aplicada a la persona jurídica no va a poder ser en ningún caso una consecuencia jurídico penal...»

<sup>52</sup> HIRSCH, H. H., «Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen», ZSTW, 1995, Heft 2, pág. 287.

<sup>53</sup> HIRSCH, H.H. «La cuestión ...» Ob. Cit. p. 1118.

<sup>54</sup> MONCAYO, N.J. «Delitos cambiarios y responsabilidad de las personas jurídicas», Depalma, Buenos Aires, 1985, pp. 32-33.

<sup>55</sup> ZUGALDIA ESPINAR, J. M., «Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas», CPC, 53, 1994, p. 617.

desconoce aquí gravemente que para poder hacer responsable criminalmente a un sujeto del hecho cometido por él mismo e imponerle una pena es necesario que el hecho sea típico y antijurídico y que el sujeto en cuestión sea un imputable, es decir, que pueda ser culpable, partiendo de la base lógico-estructural de la teoría del delito, en términos de responsabilidad subjetiva y personal.

Afortunadamente, en nuestro Derecho Penal español no se reconoce la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, opción que está apoyada tanto por la jurisprudencia como por la mayoría de la doctrina, que basan su postura en que el injusto es fundamentalmente un concepto personal, aunque tenga una importante naturaleza objetiva, la culpabilidad un juicio de reproche, y la finalidad del sistema (prevención, reinserción o reeducación) está orientado a individuos concretos, empero, y así lo entiende la doctrina también, esta afirmación no puede conducir a la impunidad de «conductas materiales lesivas para bienes jurídicos tutelados en nombre de que la voluntad formal que ha gobernado esas decisiones individuales no sea la voluntad de los individuos concretos, sino la llamada voluntad social». <sup>56</sup>

Dado que las personas jurídicas no tienen capacidad de acción en Derecho Penal, como ya se ha dicho, es imposible que puedan realizar acciones típicas, es decir, el criterio de imputación del hecho objetivo a éstas no puede tener naturaleza jurídico penal. De ahí deriva que la consecuencia jurídica que va a ser aplicada a la persona jurídica no va a poder ser en ningún caso una consecuencia jurídico penal, y con ello no sólo nos estamos refiriendo a las penas en sentido estricto, sino también a las medidas de seguridad. Con respecto a las primeras ya se ha explicado sobradamente en este trabajo su imposibilidad de imposición a las sociedades, puesto que, como magistralmente ha fundamentado PÉREZ ARROYO: «... dichas personas jurídicas, al no tener capacidad volitiva ni conciencia en la realización de los comportamientos tipificados como delito o falta (...) no actúan con dolo o culpa (presupuestos de sanción penal de acuerdo al principio de culpabilidad) per se, sino que dichos com-

portamientos son realizados por personas (en sentido estricto) que las manejan, aprovechándose de ella y utilizándola en su favor»<sup>57</sup>.

En relación a las medidas de seguridad, GRACIA MARTÍN razona que las consecuencias jurídicas aplicables a las personas jurídicas, en ningún caso, pueden ser mezcladas con las medidas de seguridad del Derecho Penal, porque esto sería técnicamente incorrecto, ya que las corporaciones no pueden ser sujetos del juicio de peligrosidad criminal y, por tanto, no será nunca procedente ni acertado imponerles medidas de seguridad. De este modo el juicio de peligrosidad criminal sólo será predicable de las personas físicas que actúan bajo aquéllas, que no de las personas jurídicas en sí mismas consideradas. Esta tesis, según él, ha sido también apoyada por el Nuevo Código Penal, que ha dedicado a las consecuencias jurídicas aplicables a las sociedades un título especial, bajo la rúbrica de consecuencias accesorias, a saber, el Título VI del Libro 1 (art. 127 a 129). Opina este mismo autor que la inclusión de tales preceptos no supone en modo alguno, como afirmó CEREZO MIR, «el reconocimiento de la capacidad de acción de las personas jurídicas», pues estamos más bien ante «medidas para hacer frente a la peligrosidad (objetiva) de las asociaciones, empresas o sociedades, puesta de manifiesto por la acción de los directivos, mandatarios o miembros». <sup>58</sup>

Siguiendo a PÉREZ ARROYO, si bien las consecuencias jurídicas del delito pueden ser clasificadas a partir de órdenes diversos, el más acogido desde el punto de vista doctrinal nunca, o casi nunca, ha incluido a las consecuencias accesorias dentro de su estudio discursivo, centrándose generalmente en las consecuencias clásicas, en terminología de este mismo autor, que serían las penas, las medidas de seguridad (estas dos primeras son los dos grandes instrumentos de la Política Penal, las consecuencias jurídicas principales y directas del delito) y la responsabilidad civil (también principal, pero indirecta, puesto que es una consecuencia del daño civil y no del delito, por lo que sólo se verificará en tanto que exista un daño). <sup>59</sup>

El fundamento y la legitimidad de las consecuencias accesorias no se puede encontrar en un supuesto de

<sup>56</sup> QUINTERO OLIVARES, G. *Ob. Cit.*, p. 480.

<sup>57</sup> PÉREZ ARROYO, M. R., «Las consecuencias jurídicas del delito en el Derecho Penal Peruano», *Revista Derecho y Sociedad*, 11, enero-junio, 1996, pp. 227-228.

<sup>58</sup> GRACIA MARTÍN, L. «La cuestión de la responsabilidad ...», *Ob. Cit.* pp.482-483.

<sup>59</sup> PÉREZ ARROYO, M.R. *Ob. Cit.* pp. 227-228.

hecho al que le son ajenos la culpabilidad y la peligrosidad criminal de un sujeto determinado, puesto que estas consecuencias jurídicas están pensadas para servir como mecanismos accesorios de control y tienen como finalidad la interiorización, por el sujeto infractor, del costo de su comportamiento<sup>60</sup>.

Por tanto, no se puede llegar a la conclusión, como lo hace GRACIA MARTÍN, que las consecuencias accesorias tienen una finalidad y legitimidad totalmente distinta e independiente de las penas y medidas de seguridad (consecuencias jurídicas directas del delito). Así, fundamenta este profesor, que para su aplicación no necesariamente han de concurrir todos los presupuestos de la aplicación de una pena o de una medida de seguridad, puesto que si en dicho supuesto éstos no se dan o simplemente no han podido probarse, nada impide que si, sin embargo, concurren los presupuestos propios y específicos de las consecuencias accesorias, pueda aplicarse la que corresponda<sup>61</sup>.

Por el contrario, PÉREZ ARROYO, más acertadamente, no encuentra en dichas consecuencias accesorias esa autonomía e independencia tan radical como la que quiere ver GRACIA MARTÍN. Este mismo autor advierte que si nos preguntamos por la razón de su existencia (de las consecuencias accesorias), dicho fundamento no sólo ha de encontrarse en una supuesta insuficiencia penal para cumplir con la exigencia de prevención y represión de la criminalidad de empresas, sino que tales consecuencias jurídicas, del mismo modo que las demás, operan como un mecanismo de control social.

De este modo, como afirma PÉREZ ARROYO, las consecuencias jurídicas del delito, dentro de cualquier sistema penal de similares parámetros que el español, no intentan únicamente sancionar al sujeto con-

siderado culpable, sino que además echan mano de mecanismos accesorios de control, que tienen como finalidad que «el sujeto infractor de la ley punitiva interiorice el costo de su comportamiento (...) De este modo, estas consecuencias jurídicas se materializarán no de manera autónoma sino (...) de modo accesorio, buscando siempre que el sujeto infractor de la ley penal interiorice el costo de sus actos: perdiendo los efectos patrimoniales de su acción típica, antijurídica culpable u ocasionando la limitación en las funciones de la empresa o persona jurídica que le ha servido para sus propósitos»<sup>62</sup>.

Esta interpretación restrictiva de la autonomía de las consecuencias accesorias, siguiendo la terminología estricta del concepto, debe ser considerada como más correcta a la luz de su definición propia y así también lo ha querido entender el legislador español al regular el comiso, de cuya normativa se hablará a continuación<sup>63</sup>.

El comiso en sí no es ninguna pena, sino una consecuencia jurídica accesoria y su imposición obedece a criterios económicos, no punitivos. El comiso va a ser aplicado cuando la comisión del delito traiga consigo la existencia de bienes de contenido patrimonial, que sean resultado del delito cometido por el responsable penal, para su aprovechamiento, en términos de beneficios económicos, siempre que el titular del bien jurídico sea el Estado. Para su imposición se requiere a priori una condena por el delito concreto, dada su naturaleza accesoria<sup>64</sup>.

El comiso está regulado en el art. 127 y 128 del Nuevo Código Penal, aprobado por LO 10/95 del 23 de noviembre. Dice este mismo primer precepto en su tenor literal: «Toda pena que se imponga por un delito o falta llevará consigo la pérdida de los efectos que de ellos provengan y de los instrumentos con que se haya ejecutado, así como las ganancias provenientes del delito,

<sup>60</sup> PÉREZ ARROYO, M.R. *Ob. Cit.* 228.

<sup>61</sup> GRACIA MARTÍN, L. (Coordinador) y otros. *Las consecuencias jurídicas del delito en el nuevo Código penal español*, Tirant lo blanch, Valencia, 1996, p. 439.

<sup>62</sup> PÉREZ ARROYO, M.R. *Ob. Cit.* p. 228.

<sup>63</sup> GRACIA MARTÍN ha querido buscar dicha autonomía de las consecuencias accesorias por las dificultades que, la mayor de las veces, trae consigo encontrar a un sujeto verdaderamente responsable del hecho delictivo. La empresa es, así, un grupo de personas jerárquicamente organizadas en virtud del principio de división del trabajo. El hecho punible vendría a ser de este modo la suma de actos parciales que individualmente han ejecutado una pluralidad de personas de la empresa, colocadas en distintos escalones jerárquicos y, cada uno, con un grado muy diferente de información. Por esto mismo, ya SCHÜNEMANN advirtió que se corre un peligro inminente de que, por razón de tales circunstancias, la «organización de la responsabilidad en la empresa amenaze con convertirse en la organizada irresponsabilidad» (SCHÜNEMANN, B., «Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresas», ADP, 1988, p. 531; GRACIA MARTÍN, L., «La cuestión de la responsabilidad penal de las propias personas jurídicas», *Revista peruana de Ciencias Penales*, 4, julio-diciembre, 1994, pág. 533).

<sup>64</sup> PÉREZ ARROYO, M.R. *Ob. Cit.* p. 228.

*cualesquiera que sean las transformaciones que hubieren podido experimentar. Los unos y las otras serán decomisados, a no ser que pertenezcan a un tercero de buena fe no responsable del delito que los haya adquirido legalmente. Los que se decomisan se venderán, si son de lícito comercio, aplicándose su producto a cubrir las responsabilidades civiles del penado y, si no lo son, se les dará el destino que se disponga reglamentariamente y, en su defecto, se inutilizarán».*

El fundamento del comiso de los instrumentos del delito ha de hallarse en la peligrosidad de las cosas, que están a disposición de determinados sujetos y su finalidad radica en un objetivo: conseguir que dichos instrumentos no se utilicen en el futuro para cometer nuevos hechos delictivos, aunque el fundamento y finalidad de esta consecuencia accesoria pueda ser independiente del titular de los objetos decomisables, bajo determinadas condiciones. En todo caso queda proscrita la posibilidad de decomisar dichos instrumentos y ganancias cuando estén bajo la titularidad de un tercero de buena fe no responsable del delito, que los haya adquirido conforme a lo dispuesto legalmente, según se desprende del mismo art. 127 del NCP. GRACIA MARTÍN quiere también ver el fundamento del comiso de los efectos del delito en la peligrosidad de las cosas. Sin embargo, una interpretación correcta del precepto no nos puede llevar a tal conclusión, sino que ha de colocarse junto con el comiso de las ganancias, que viene a ser prácticamente lo mismo (con una particularidad que se analizará cuando se hable posteriormente del comiso de las ganancias) y con el que comparte idéntico fundamento, distinto al del comiso de los instrumentos del delito<sup>65</sup>.

El Nuevo Código Penal regula al comiso de una forma distinta al antiguo Código, variando su naturaleza jurídica, pues ahora queda configurado como una consecuencia accesoria, mientras que en el recientemente derogado Código Penal se le delimitaba, por el contrario, como una pena accesoria. Por otro lado, los presupuestos de su aplicación también han sufrido una modificación, puesto que se ha introducido de modo expreso la figura del comiso de la ganancia dentro del comiso de los instrumentos y efectos del delito.<sup>66</sup>

GRACIA MARTÍN critica la regulación del comiso que ha efectuado el art. 127 NCP, porque según este mismo autor dicha normativa impide una correcta aplicación del mismo en relación con su fundamento y su legitimación. De este modo, según la normativa del comiso que se desprende del citado artículo, éste sólo podrá aplicarse cuando antes se haya impuesta una pena por el delito o falta cometidos, y ello sólo podrá ser posible si el sujeto que realizó el hecho típico y antijurídico además es imputable, es decir, tiene capacidad de culpabilidad. Ya se ha dicho anteriormente que este mismo autor defiende que las consecuencias accesorias deberían ser totalmente independientes de toda pena respecto a su aplicación, propuesta que en este trabajo, como antes he dejado claro, no comparto, puesto que así se desprende también de la propia terminología del término al ir acompañado del adjetivo de accesoriidad.

Dicho art. 127 presenta otro problema en opinión de GRACIA MARTÍN. De este precepto se desprende un sentido imperativo respecto a su imposición, que ordena que siempre que se aplique una pena éste deberá ser de inexcusable aplicación, *«aunque el instrumento utilizado no sea objetivamente peligroso ni quepa pronosticar la probabilidad de que sea utilizado en el futuro para la comisión de nuevos delitos»*. Este autor defiende, por consiguiente, una interpretación restringida de dicho imperativo contenido en el art. 127 NCP.

A mi juicio, el legislador español ya ha limitado este mismo precepto en el artículo siguiente, el 128 NCP, que viene a introducir una garantía de proporcionalidad. Así, este artículo viene a expresar en su tenor literal que: *«cuando los referidos efectos e instrumentos sean de lícito comercio y su valor no guarde proporción con la naturaleza o gravedad de la infracción penal, o se hayan satisfecho completamente las responsabilidades civiles, podrá el Juez o Tribunal no decretar el decomiso, o decretarlo parcialmente»*<sup>67</sup>. A mi juicio, este mismo artículo permite una interpretación limitadora del anterior, cuando la valoración de las circunstancias del hecho delictivo por el Juez o Tribunal así lo requiera.

Una de las novedades más importantes, como ya se ha indicado anteriormente, ha sido la regulación conjunta del comiso de los instrumentos y efectos del delito con el de las ganancias obtenidas. El comiso de

<sup>65</sup> GRACIA MARTÍN, L. (Coord.) *Las consecuencias ...*, Ob. Cit. p. 445.

<sup>66</sup> GRACIA MARTÍN, L. (Coord.) *Las consecuencias ...*, Ob. Cit. pp. 441-442.

<sup>67</sup> Contrario a esta opinión véase GRACIA MARTÍN, L. (Corrd.) *Las consecuencias ...* Ob. Cit. pp. 441-442.

los efectos del delito y de las ganancias no comparten con aquél los mismos principios, mientras el comiso de los instrumentos del delito está orientado hacia una peligrosidad objetiva de los mismos, para que no puedan volver a utilizarse en la comisión de un nuevo hecho delictivo, el comiso de los efectos y las ganancias son medidas de no tolerancia de una ilícita situación patrimonial, o medidas que intentan impedir el lucro ilícito a través de dichas ganancias. Uno y otro se diferencian porque el primero se refiere a las ganancias que se hayan obtenido por el hecho delictivo, mientras que el segundo viene a englobar a todas aquellas ganancias, que tras haber sido ilícitamente incorporadas al patrimonio del sujeto activo o sujetos activos del delito, se ha procedido a su transformación, cualesquiera que sean las transformaciones que hayan podido experimentar.<sup>68</sup>

El comiso de los efectos del delito (o de las ganancias), como consecuencia jurídica accesoria, no es una medida pacífica. De este modo, un sector de la doctrina no defiende su aplicación, por considerarse ineficaz. En la doctrina alemana HIRSCH opina que dada la dificultad de identificar muchas veces al autor individual, o autores individuales, del delito, y aun en el caso de que esto se lograra no se podría considerar una solución suficiente que en el proceso penal que tendrá lugar contra el autor, se decreta el comiso de «...la ventaja patrimonial ingresada a la empresa por el hecho punible. Pues entonces, el riesgo de la empresa se agota únicamente en que pierde la misma ventaja que había obtenido por el hecho punible»<sup>69</sup>.

Sin embargo, en nuestra regulación penal española no se considera al comiso de las ganancias como excluyente del comiso de los efectos e instrumentos del delito, por lo que ambos se podrán aplicar conjuntamente si el Juez o Tribunal lo estima conveniente, para una mejor realización de los fines que con tales consecuencias se persiguen; y así se desprende de la conjunción copulativa que el legislador español ha colocado entre las dos tipologías del comiso a la hora de regularlos normativamente.

Para finalizar el estudio de las consecuencias jurídicas aplicables a las personas jurídicas en la regulación de nuestro Nuevo Código Penal, decir que, por último, el art. 129 contempla otra serie de consecuen-

cias accesorias de posible aplicación. Dice este mismo art. 129 NCP que: «El Juez o Tribunal, en los supuestos previstos en este Código, y previa audiencia de los titulares o de sus representantes legales, podrá motivadamente, las siguientes consecuencias:

- a) Clausura de la empresa, sus locales o establecimientos, con carácter temporal o definitivo. La clausura temporal no podrá exceder de cinco años.
- b) Disolución de la sociedad, asociación o fundación.
- c) Suspensión de las actividades de la sociedad, empresa, fundación o asociación por un plazo que no podrá exceder de cinco años.
- d) Prohibición de realizar en el futuro actividades, operaciones mercantiles o negocios de la clase de aquellos en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá tener carácter temporal o definitivo. Si tuviere carácter temporal, el plazo de prohibición no podrá exceder de cinco años.
- e) La intervención de la empresa para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el a tiempo necesario sin que exceda de un plazo máximo de cinco años».

La finalidad que pretenden dichas consecuencias accesorias previstas en el art. 129.1 del Nuevo Código Penal se desprende del apartado 3º del mismo precepto, que será la prevención de la continuidad en la actividad delictiva y los efectos de la misma. Dada la imposibilidad de imponer sanciones penales a las personas jurídicas, se ha tenido que recurrir, actualmente, a un criterio que sirva como instrumento para poder fundamentar las reacciones jurídicas a aplicar a los entes colectivos. Se trata aquí del concepto de peligrosidad objetiva, al que ya hemos hecho mención anteriormente, que como bien ha dicho GRACIA MARTÍN, éste se pone de manifiesto «en virtud de las acciones antijurídicas que realizan las personas físicas que actúan para ella, las cuales serían un síntoma de dicha peligrosidad».<sup>70</sup>

## VI. CONCLUSIONES

La sociedad actual, debido a las profundas modificaciones que para ella supuso la Revolución Industrial, ha traído consigo la estructuración de un modelo económico, de carácter competitivo-industrial, y la formación de un Estado Social, que en mayor o menor

<sup>68</sup> GRACIA MARTÍN, L. *Ob. Cit.* p. 443.

<sup>69</sup> HIRSCH, H. H., «La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas», ADP, 1993, pág. 1100.

<sup>70</sup> GRACIA MARTÍN, L. (Coord.) *Las consecuencias ... Ob. Cit.* pp. 456-457.

medida tiene la obligación de intervenir, dirigir y planificar el desarrollo económico. En este profundo cambio han tenido un papel importante las personas jurídicas, sobre todo las de carácter industrial y mercantil. Partiendo de una realidad indiscutible, como es que las sociedades tienen en la vida social una incidencia tanto en el tráfico como en las relaciones de todo tipo tan grande como la persona física, sin embargo, este hecho choca con otro menos discutible todavía, como es que el Derecho Penal sólo está pensado para estas últimas, no así el resto del Derecho Positivo, a saber, el civil, mercantil, tributario y administrativo.

La mayor parte de la doctrina, independientemente de si defienden o critican el principio tradicional *societas delinquere non potest*, está de acuerdo en que las categorías dogmáticas vigentes (capacidad de acción, de culpabilidad y de pena), no dejan abierta ningún tipo de posibilidad para plantearse la punibilidad de las personas jurídicas. Ante esta realidad, hay dos caminos opcionales, a saber, prever diversas consecuencias jurídicas de orden no penal aplicables a las sociedades, o revisar las categorías dogmáticas, con la finalidad de prever la vigencia en nuestro ordenamiento jurídico de un nuevo principio, que no es otro que el de *societas delinquere potest*.

Ante estas dos posibilidades, la primera de ellas parece mucho más satisfactoria por dos razones: en primer lugar, porque la revisabilidad de las categorías dogmáticas no es una solución necesaria. La ineficacia de determinadas sanciones previstas en un determinado Derecho Positivo no se puede resolver a través de la modificación de las teorías de la acción, de la culpabilidad o de la pena, puesto que se admita o no a nivel legislativo la responsabilidad penal de las personas jurídicas, las sanciones vendrían a ser las mismas, a no ser que se pretendiera imponer penas privativas de libertad a los entes colectivos, algo que resultaría totalmente absurdo.

En segundo lugar, porque cabría preguntarse si los costos que la derogación del principio *societas delinquere non potest* conllevaría, principalmente la supresión o modificación de los principios liberales

garantizadores de la culpabilidad y de la personalidad de las penas, compensaría el capricho, puramente dogmático, de reconocer a las asociaciones de personas dicha capacidad o responsabilidad criminal. Y aún se puede argumentar un motivo más para no optar por esta vía: en virtud del principio de intervención mínima, el Derecho Penal debería de ser el último de los recursos al que el Estado debería de echar mano, dentro de la amplia gama de posibilidad de reacción que tiene a su disposición.

Ante el cada vez más creciente fenómeno de la criminalidad económica en el seno de las empresas, a nivel legislativo se le ha intentado dar a este problema diversas soluciones.

Ciertamente, el aumento del fin de lucro desmedido, de la competencia, los estímulos para el abuso del complejo sistema de subvenciones y el desarrollo técnico con los elevados riesgos que de él se derivan, han supuesto un aumento de la actividad delictiva de los miembros de las sociedades enorme-

mente alarmante. En el Derecho Comparado se ha abierto en los últimos años una novedosa tendencia, que ha reconocido la punibilidad de las personas jurídicas; así ha sucedido en Francia y en Bélgica, por ejemplo.

Sin embargo, otros países, como España, han seguido la línea tradicional, incorporando un nuevo tipo de consecuencias jurídicas aplicables, especialmente pensadas para las personas jurídicas, a saber, las consecuencias accesorias, reguladas en nuestro Nuevo Código Penal en los arts. 127 a 129, dentro del Título VI, comprendido en el Libro I. El fundamento de su creación deriva de la imposibilidad dogmática de prever sanciones penales para las personas jurídicas, en virtud de la máxima de que éstas no pueden delinquir dada su naturaleza, y, por ello, en ningún caso va a poder serles aplicada una consecuencia jurídico penal, es decir, una pena o medida de seguridad.

Empero, el fundamento y la legitimidad de las consecuencias accesorias no se puede encontrar en un supuesto de hecho al que le son ajenos la culpabilidad y la peligrosidad criminal de un sujeto determinado, puesto que estas consecuencias jurídicas están pen-

«... en el Derecho Penal sigue encontrando plena vigencia el principio tradicional *societas delinquere non potest*...»

sadas para servir como mecanismos accesorios de control y tienen como finalidad la interiorización, por el sujeto infractor, del costo de su comportamiento. De este modo, deberá verificarse a priori la consumación de un delito y la condena del sujeto en cuestión autor del mismo, en virtud de la relación de autoría y de responsabilidad penal, que se ha servido de la propia persona jurídica para llevar a cabo el hecho delictivo que se haya propuesto.

El legislador español, al optar por la regulación de las consecuencias accesorias y no derogar el principio *societas delinquere non potest* ha optado por una solución, que a largo plazo y con el perfeccionamiento de las mismas, va a llegar a paliar las enormes dificultades que la delincuencia, fundamentalmente económica, está trayendo consigo en los últimos años, sin la necesidad de recurrir a la revisión de las categorías dogmáticas vigentes en el Derecho Penal moderno, fundamentales para un correcto desenvolvimiento del poder punitivo del Estado, y sin tener que abrir una herida dentro del principio de intervención mínima, fundamental en Derecho Penal, para dar una respuesta a los hechos delictivos cometidos en el seno de las corporaciones que, en puridad, son cometidos por los miembros individuales que integran dichas sociedades.

## VII. BIBLIOGRAFÍA

- ALONSO DE ESCAMINA, A., Responsabilidad penal de directivos y órganos de empresas y sociedades, Tecnos, Madrid, 1996.
- ALWART, h., «Strafrechtlich Haftung des Untemehmens - vom Unternehmenstätter zum Täteruntemehmen», ZSTW, Heft 4, 1996.
- ARROYO ZAPATERO; BERDUGO GOMEZ DE LA TORRE, Manual de Derecho Penal. Parte General, Praxis, Barcelona, 1994.
- BAJO FERNANDEZ, M., «De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas», ADP. 1981.
- BAJO FERNÁNDEZ, M, Manual de Derecho Penal. Parte Especial. Delitos patrimoniales y económicos, Ceuta, Madrid, 1987.
- BAJO FERNÁNDEZ, SUÁREZ GONZALEZ, PÉREZ MANZANO, Manual de Derecho Penal. Parte Especial Delitos patrimoniales y económicos, Centro de Estudios Ramón Areces, Madrid, 1993.
- EBERT, U., Strafrecht. Allgemeiner Teil, Müller Juristischer Verlag, Heidelberg, 1994.
- FERNÁNDEZ SÁNCHEZ, M. T, «Responsabilidad penal de las personas jurídicas en Derecho Penal Español », El Nuevo Código Penal. Primeros Problemas de aplicación, AA.VV, Dirección de cursos extraordinarios, Universidad de Salamanca, Salamanca, 1997.
- GRACIA MARTÍN, L., El actuar en lugar de otro en Derecho Penal, Tomos I y II, Prensas Universitarias de Zaragoza, Zaragoza, 1986.
- GRACIA MARTÍN, L. (coordinador) y otros, Las consecuencias jurídicas del delito en el Nuevo Código Penal Español, Tirant lo blanch, Valencia, 1996.
- GRACIA MARTÍN, L., «La cuestión de la responsabilidad de las propias personas jurídicas», Revista peruana de Ciencias Penales, no 4, julio diciembre, 1994.
- HIRSCH, H. J, «Strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen», ZSTW, Heft 2, 1995.
- HIRSCH, H. J., «La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas», ADP, 1993.
- JESCHECK, H. li, Lehrbuch des Strafrechts. Allgemeiner Teil, Dunker & Humboldt, Berlin.
- KOCH, B., «Die Strafbarkeit juristischer Personen nach dem neuen französischen Code penal», ZSTW, Heft 2, 1995.
- KÜHL, Strafrecht. Allgemeiner Teil, Verlag Franz Vehlen, München, 1994.
- LEON PAGANO, J., Derecho Penal Económico, Depalma, Buenos Aires, 1983.

- MALAMUD GOTI, J. E., *Persona jurídica y penalidad*, Depalma, Buenos Aires, 1985.
- MIR PUIG, S., *Derecho Penal. Parte General*, PPU, Barcelona, 1995.
- MONCAYO, N. J., *Delitos cambiarios y responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Depalma, Buenos Aires, 1985.
- MUÑOZ CONDE, F., *Teoría General del delito*, Tirant lo blanch, Valencia, 1991.
- NOVOA MONREAL, E., «Reflexiones para la determinación y delimitación del delito económico», *ADP*, 1982.
- PÉREZ ARROYO, M. R., «Las consecuencias jurídicas del delito en el Derecho Penal Peruano», *Derecho & Sociedad*, 11, enero-junio, 1996.
- QUINTERO OLIVARES, G., *Derecho Penal. Parte General*, Marcial Pons, Madrid, 1992.
- RIGHI, E., *Derecho Económico Comparado*, *Revista de Derecho Privado*, Madrid, 1991.
- RIGHI, E., «Las garantías individuales y la represión de la delincuencia económica», *CPC*, n-8, 1979.
- RODRIGUEZ MOURULLO, G., «Algunas consideraciones político-criminales sobre los delitos societarios», *ADP*, 1984.
- SCHÜNEMANN, B., «Cuestiones básicas de dogmática jurídico-penal y de política criminal acerca de la criminalidad de empresa», *ADP*, 1988.
- SHIZHOU WANG, «Strafbarkeit juristischer Personen im Chinesischen Strafrecht», *ZSTW*, Heft 4, 1995.
- TIEDEMANN, K., *Lecciones de Derecho Penal Económico*, PPU, Barcelona, 1993.
- TIEDEMANN, K., «La criminalidad económica como objeto de investigación», *CPC*, 19, 1983.
- TIEDEMANN, K., «El concepto de Derecho Económico, de Derecho Penal Económico y de Delito Económico», *CPC*, n 28, 1986.
- ZUGALDIA ESPINAR, J. M., «Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas», *CPC*, n 53, 1994.
- ZUGALDIA ESPINAR, J. M., «Conveniencia político-criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*», *CPC*, n 11, 1980. <sup>123</sup>