

LA RESPONSABILIDAD PENAL DE LAS PERSONAS JURÍDICAS. UN PASO HACIA ADELANTE... ¿UN PASO HACIA ATRÁS?

M.^a Ángeles Cuadrado Ruiz
Profesora Titular de Derecho Penal
Universidad de Granada

Una de las cuestiones más polémicas a comienzos del siglo XXI sigue siendo la posibilidad de revisión del principio societas delinquere non potest. Una corriente de opinión importante de la doctrina aún sostiene que las sanciones penales deben afectar sólo a las personas naturales y no a las personas jurídicas. No obstante, la creciente criminalidad económica y organizada, urbanística y ambiental propician, de nuevo, la discusión acerca de si las personas jurídicas pueden ser también sancionadas penalmente. De hecho el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código penal ha planteado abiertamente esta posibilidad. Al hilo del Informe del Consejo General del Poder Judicial de 27 de octubre de 2006, en cierta manera reticente, se realiza la siguiente reflexión desde el punto de vista dogmático, en la que se apuesta claramente por la incriminación y sanción penal de las personas jurídicas.

SUMARIO

- I. INTRODUCCIÓN.
- II. LA CAPACIDAD DE ACCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA.

M.^a Ángeles Cuadrado Ruiz

- III. LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA.
- IV. ¡SOCIETAS DELINQUERE POTEST!, ¿SED PUNIRI NON POTEST?
- V. ¿QUÉ SANCIONES SERÍAN APLICABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS?

I. INTRODUCCIÓN

1. Una de las cuestiones más polémicas a comienzos del siglo XXI sigue siendo la posibilidad de revisión del principio «societas delinquere non potest»⁽¹⁾ asentado en nuestra tradición jurídica desde el siglo XVIII. Anteriormente, desde el siglo XIV al XVIII las personas jurídicas fueron responsables penalmente. Desde entonces y hasta nuestros días ha existido un enorme desacuerdo en torno a la cuestión de si las personas jurídicas⁽²⁾ pueden o no ser sujeto activo del delito: argumentos a favor o en contra⁽³⁾ siempre hemos

1. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: «Conveniencia político criminal e imposibilidad dogmática de revisar la fórmula tradicional *societas delinquere non potest*», en *CPC*, 1980, pp. 79-81; el mismo: «Una vez más sobre el tema de la responsabilidad criminal de las personas jurídicas (doce años después)», p. 2; PALAZZO, F.: «Societas puniri potest: la responsabilità da reato degli enti collettivi», *Atti del Convegno organizzato dalla Facoltà di Giurisprudenza e dal Dipartimento di Diritto Comparato e Penale dell'Università di Firenze* (15-16 de marzo de 2002), Padua, 2003; FOFFANI, L.: «Bases para una imputación subjetiva de la persona moral. Hacia una culpabilidad de las personas jurídicas», en *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Madrid, 2005.

2. Así MUÑOZ CONDE, F.: «La responsabilidad penal de los órganos de las personas jurídicas en el ámbito de las insolvencias punibles», en *CPC*, 1977, p. 154; BACIGALUPO, S.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 1998; BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Derecho Penal Económico aplicado a la actividad empresarial*, Madrid, 1978, p. 112; ídem, «De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas», en *ADPCP*, pp. 377-378; BARBERO SANTOS, M.: «¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?», en *Doctrina Penal*, 1986, núm. 35, pp. 404-406; SILVA SÁNCHEZ, J.M.: «Die strafrechtliche Haftung des Unternehmens und der Unternehmensorgane», en *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*, Madrid, Symposium für Klaus Tiedemann, 1995, pp. 1995 y ss; RUIZ VADILLO, E.: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho europeo», en *Rev. de Derecho Penal y Criminología*, núm. 1, 1991, pp. 6, 8, 13; MILITELLO, V.: «La responsabilità penale dell'impresa societaria e dei suoi organi in Italia», en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 1992 pp. 107-109; JESCHECK: *Lehrbuch des Strafrechts Allgemeiner Teil*, 4.^a ed., Berlín, 1988, pp. 204, 363, 379; WESSELS: *Strafrechts Allgemeiner Teil*, 1990, p. 113; HIRSCH, H.J.: «La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas», en *ADPCP*, 1993, p. 1104; SCHÜNE-MANN, B.: «Die Strafbarkeit der juristischen Personen aus europäischer Sicht», en *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*, Madrid, Symposium für Klaus Tiedemann, 1995; HEINE, G.: *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, 1995, p. 201. En una interpretación puramente jurídica, al hablar del empresario como persona, se prescinde del significado humano. Sin embargo, este aspecto tiene un significado relevante penalmente al hablar de riesgo en una empresa. En este sentido EIDAM, G.: *Unternehmen und Strafe: Vorsorge- und Krisenmanagement*, 2.^a ed., 2001, p. 41 y ss.

3. Vid. GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro en Derecho Penal*, Zaragoza, 1985, p. 7 y ss.

M.^a Ángeles Cuadrado Ruiz

podido encontrar para fundamentar una u otra postura. Sobre todo, en los países de la Europa continental de gran tradición dogmática⁽⁴⁾, la teoría del delito elaborada a partir de los delitos de violencia ha permanecido intocable, centrándose la vigencia y, por tanto, la problemática del principio *societas delinquere non potest*—sobre todo en lo relativo a los delitos económicos, de inteligencia o de cuello blanco y cada vez más en los delitos contra el medio ambiente o contra la ordenación del territorio— en la supuesta carencia de las personas jurídicas de capacidad de acción, de capacidad de culpa y de capacidad de pena. Capacidades estas que sí están presentes en las personas humanas, de carne y hueso⁽⁵⁾.

4. Así ocurre, por ejemplo, en Alemania, Portugal y España. En Italia el art. 27.1 de la Constitución de 1948 dispuso que «*la responsabilidad penal es personal*», lo que ha sido interpretado a nivel constitucional como equivalente del principio «*societas delinquere non potest*». Por el contrario, el Código penal de Holanda, modificado en 1976, y el Código penal francés, así como el Código penal suizo, reconocen expresamente la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Los países del *commom law*, Gran Bretaña, Irlanda, Estados Unidos, Canadá, Australia, admiten en líneas generales la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

5. Sobre la problemática y la discusión acerca de la capacidad de acción, de la capacidad de culpa y de la capacidad de pena de la persona jurídica en la doctrina alemana, vid. JAKOBS, G.: «Strafbarkeit juristischer Personen?», en *Festschrift für Klaus Lüderssen*, 2002, p. 559 y ss. cuyos conceptos de acción y culpabilidad valdrían tanto para las personas físicas como jurídicas; TIEDEMANN, K.: «Responsabilidad de las personas jurídicas», en *ADPCP*, 1996, afirma la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas a través de la figura de la «*actio libera in causa*» y los delitos de comisión por omisión; SCHÜNEMANN, B.: *Unternehmenskriminalität und Strafrecht*, 1979, p. 199 y ss.; ACKERMANN, B.: *Die strafbarkeit juristischer Personen im deutschen Recht und ausländischen Rechtsordnungen*, 1984, p. 186 y ss.; EHRHARDT, A.: *Unternehmensdelinquenz und Unternehmensstrafe: Sanktionen gegen juristische Personen nach deutschem und US-amerikanischem Recht*, 1994, p. 42 y ss., 175 y ss.; HEINE, G.: *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Unternehmen*, 1995, p. 201 y ss.; en la doctrina francesa, DELMAS-MARTY, M.: «Die strafbarkeit juristischer Personen nach dem neuen französischen Code pénal», en *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*, Madrid, Symposium für Klaus Tiedemann, 1995, p. 305 y ss.; en la doctrina italiana, PALAZZO, F.: «Societas puniri potest: la responsabilità da reato degli enti collettivi», ob. cit.; FOFFANI, L.: «Bases para una imputación subjetiva de la persona moral. Hacia una culpabilidad de las personas jurídicas?», en *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Madrid, 2005; en Holanda, DOELDER, H. De: «Zur Strafbarkeit juristischer Personen in den Niederlanden», en *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*, 1994, p. 311 y ss.; VERVAELE, J.A.E.: «La responsabilidad penal en el seno de la persona jurídica en Holanda. Matrimonio entre pragmatismo y dogmática jurídica», en *Rev. de Derecho Penal y Criminología*, núm. 1, 1998. Y en la doctrina española ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: «Erneut zur Frage der Strafbarkeit juristischer Personen», en *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*, 1994, p. 327 y ss.; el mismo: «La responsabilidad criminal de las personas jurídicas en el Derecho penal español», en QUINTERO OLIVARES y otros: *El nuevo Derecho penal español. Estudios en memoria del Prof. José Manuel Valle Muñiz*, Pamplona, 2001; el mismo: «Vigencia del principio *societas delinquere potest* en el moderno Derecho penal», en HURTADO POZO y otros, *La responsabilidad criminal de las personas jurídicas: una perspectiva comparada*, Valencia, 2001; BACIGALUPO, S.: *La responsabilidad penal de las personas jurídicas*, 1998; ZÚNIGA RODRÍGUEZ, L.: *Bases para un modelo de imputación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas*, Navarra, 2000.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante... ¿un paso hacia atrás?

2. Esta solución dogmática es claramente insatisfactoria desde una perspectiva político-criminal. La cuestión tampoco debe dilucidarse, sencillamente, en los casos para los que el legislador requiera una necesidad práctica de incriminación de personas jurídicas. El hecho de que formaciones de estructura corporativa sean acreedoras de una sanción penal es, según HIRSCH⁽⁶⁾, un problema teórico prelegal, un problema que va más allá del Derecho y que incumbe igualmente a filósofos, sociólogos y teólogos, puesto que el Derecho versa sobre un «quid» preexistente, sobre una realidad sociológica. Lo que son realidades puramente sociales son también realidades para el Derecho. Y está claro que realidades tan rigurosas como asociaciones, fundaciones o empresas son algo más que una mera ficción. No se trata, por tanto, de situar el problema, que lo está suficientemente, sino de perfilar su vigencia normativa en nuestra realidad social y económica actual⁽⁷⁾. En la Media y en la Edad Moderna se admitió la responsabilidad penal de las personas jurídicas, estando vigente durante cuatro siglos (XIV al XVIII). En un pequeño opúsculo, *De quaestionibus*, Bartolo de SASOFFERRATO⁽⁸⁾ trasladó al Derecho penal la teoría de la ficción, construyendo, sobre esta base, una capacidad delictiva de las personas jurídicas.

En los albores del siglo XXI, ¿por qué no volver a la unidad de responsabilidad penal tanto de las personas físicas cuanto de las jurídicas, y más cuando a nivel europeo se señalan diversos ámbitos en los que se debe castigar penalmente a las personas jurídicas?⁽⁹⁾

6. HIRSCH, H.J.: *La cuestión de la responsabilidad penal*, ob. cit., p. 1103.

7. RUIZ VADILLO, E.: «La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho europeo» RDCP, núm. 1/1991, pp. 327-348.

8. Bartolo de SASOFFERRATO fue uno de los insignes juristas de la Europa continental del siglo XIV. Creador de la escuela de los comentaristas (o post-glosadores) causó tal admiración en las generaciones posteriores de juristas que su fama ha quedado plasmada en el dicho *nemo bonus iuriste, nisi sit Bartolista*, esto es, nadie es buen jurista si no es «bartolista» (seguidor de Bartolo).

9. Convenio europeo de 4 de noviembre de 1998, para la protección del medioambiente a través del Derecho penal; DM 2005/667 (Decisión Marco 2005/667/JAI del Consejo, de 12 de julio de 2005, destinada a reforzar el marco penal para la represión de la contaminación procedente de buques); 2005/222 (Decisión Marco 2005/222/JAI del Consejo, de 24 de febrero de 2005, relativa a los ataques contra los sistemas de información); 2004/757 (Decisión Marco 2004/757/JAI del Consejo, de 25 de octubre de 2004, relativa al establecimiento de disposiciones mínimas de los elementos constitutivos de delitos y las penas aplicables en el ámbito del tráfico ilícito de drogas); 2004/68 (Decisión Marco 2004/68/JAI del Consejo, de 22 de diciembre de 2003, relativa a la lucha contra la explotación sexual de los niños y la pornografía infantil); Decisión Marco 2003/568/JAI del Consejo, de 22 de julio de 2003, relativa a la lucha contra la corrupción en el sector privado; Directiva 2005/60/CE del Parlamento Europeo y del Consejo, de 26 de octubre de 2005, relativa a la prevención de la utilización del sistema financiero para el blanqueo de capitales y para la financiación del terrorismo; Decisión

M.^a Ángeles Cuadrado Ruiz

Creo por ello que, una vez más, el legislador se ha vuelto a plantear el problema, dando un paso adelante en la incriminación de estos entes jurídicos con el Anteproyecto de Ley Orgánica de Reforma del Código penal, de 2006⁽¹⁰⁾, en el que se propone añadir al actual artículo 10 del CP un segundo párrafo, en el que se establezcan las bases de imputación penal a las personas jurídicas, de forma directa:

«Las personas jurídicas son responsables criminalmente por los hechos delictivos imputables a su actuación social o su forma de organización, sin perjuicio de la responsabilidad penal de quienes actúen en su nombre o por su cuenta».

No obstante, siendo la regulación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas uno de los aspectos más relevantes a efectos dogmáticos, la Comisión de Estudios e Informes del Consejo General del Poder Judicial (CGPJ) en su informe de 27 de octubre de 2006 consideró oportuno dedicar un apartado autónomo y separado a dicha cuestión, dada su singular trascendencia y su especial incidencia tanto en la Parte General como Especial del Derecho penal. Y hay que decir que la reticencia a que en nuestro país sea posible una responsabilidad penal de los entes colectivos se deja plasmada a lo largo del informe. Sin embargo, y en mi opinión, como trataré de exponer a lo largo de estas páginas, los argumentos que se exponen van cayendo por su propio peso, diluyéndose como el azúcar en el agua, por lo que al final uno llega a vislumbrar que dichos titubeos —ojalá— desaparezcan y se erradique el adagio romano del «societas delinquere non potest».

3. Por todo ello se puede afirmar que la responsabilidad penal de la persona jurídica no sólo ofrece nuevas perspectivas, sino que, además, ha recobrado importancia y actualidad⁽¹¹⁾. La realidad social demuestra que existen

Marco 2002/475/JAI del Consejo, de 13 de junio de 2002, sobre lucha contra el terrorismo; Acción Común 98/733/JAI del Consejo, de 21 de diciembre de 1998, relativa a la tipificación penal de la participación en una organización delictiva en los Estados miembros de la Unión Europea, entre otras.

10. El Consejo de Ministros aprobó el viernes 14 de julio de 2006 este Anteproyecto de Reforma penal. La modificación del Código responde a la aparición de nuevos fenómenos y nuevas formas de comisión de delitos, a la adaptación a la legislación de la Unión Europea, que incluye la materia penal, y a la necesidad de revisar las carencias y necesidades del Código actual.

11. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: «Una vez más sobre el tema de la responsabilidad criminal...», ob. cit., p. 2.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante... ¿un paso hacia atrás?

personas jurídicas de muy variada índole, «con nombre y apellido», que defraudan a sus clientes, a los ciudadanos de una población, venden productos alimenticios caducados o sin la composición que se anuncia, blanquean dinero negro u ocasionan problemas de contaminación ambiental y de manera evidente alteran la ordenación del territorio o atentan contra el patrimonio histórico. Lo cierto es que las aguas están revueltas. De un tiempo a esta parte, diría yo, el principio «societas delinquere non potest» duerme mal, está intranquilo, inquieto. Un poco como aquellos que de algún modo se sienten culpables y su conciencia no les deja en paz ⁽¹²⁾.

4. ¿Cuál es la situación actual del principio «societas delinquere non potest»? De una parte está el sistema del Common Law, que conoce el pragmatismo penal y admite, tras veintiún siglos, la responsabilidad penal de los grupos; de otra parte, el sistema de los códigos continentales europeos inspirados en la legislación francesa y en el pensamiento dogmático alemán (en el que existen ciertas particularidades importantes en los países escandinavos y en los Países Bajos, que se influyen del pragmatismo británico) en los que sigue vigente el principio «societas delinquere non potest»: así en las legislaciones alemana, suiza, italiana o española.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas y de otras agrupaciones se asume y admite, aunque de distintas formas, en un creciente número de ordenamientos de nuestro entorno: desde los países anglosajones clásicos como Gran Bretaña o Irlanda hasta Finlandia (1995), Suecia, Noruega (1991), Islandia (1993), Alemania, Bélgica (1999), Dinamarca, Eslovenia (1996), Austria, Luxemburgo, Francia (1994), Italia, Portugal, Letonia, Lituania, Estonia y Holanda (1976), Suiza y Turquía, y más recientemente Croacia, dado que en ellas se encuentran el origen de las infracciones y quienes ordinariamente reciben sus beneficios ⁽¹³⁾.

12. CUADRADO RUIZ, M.A.: «Protección penal de la salud de los consumidores», en *Protección y tutela jurisdiccional de la salud pública y del medio ambiente*, Sevilla, 1997, p. 126 y ss. En nuestro país operaciones policiales y judiciales como Ballena Blanca, en 2005 o Malaya, en 2006 no hacen más que confirmar esta tesis. En este sentido también, FLORA, G.: «L'attualità del principio «societas delinquere non potest», en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, núm. 22, 1, 1995, p. 12 y ss. habla de empresas corruptas refiriéndose por ejemplo, a Montedison, Enimont y Cofegar.

13. HEINE, G.: «Kollektive Verantwortlichkeit als neue Aufgabe im Spiegel der aktuellen europäischen Entwicklung», en *Festschrift für Lampe zum 70. Geburtstag*, 2003, p. 577 y ss.

M.^a Ángeles Cuadrado Ruiz

No obstante existen, pues, varias posturas:

- A) En el ámbito de la Unión Europea varios países como Reino Unido, Irlanda, Países Bajos, Austria, Holanda, Finlandia⁽¹⁴⁾ y Francia, acogen la responsabilidad penal de las personas jurídicas, «societas puniri potest», aunque de manera heterogénea. Mientras que Dinamarca⁽¹⁵⁾ o Francia optan por la determinación expresa en sus respectivos Códigos, en el Reino Unido rige la regla opuesta⁽¹⁶⁾, existe responsabilidad penal de las personas jurídicas salvo que se establezca otra cosa distinta, y en Holanda, por su parte, se opta por recurrir a tal responsabilidad dependiendo del caso concreto.

Veamos varios ejemplos:

El Derecho británico y escocés prevé que una persona jurídica constituida y registrada sea perseguida y sancionada penalmente. Paralelamente se puede perseguir a sus órganos (directivos, administradores, secretarios, o dependientes con funciones análogas) si han aprobado el acuerdo o si se les puede atribuir una violación del deber de diligencia o la ejecución misma del hecho⁽¹⁷⁾.

Holanda, en el párrafo 51 de su Código penal de 1976, reconoció la responsabilidad penal de las personas jurídicas al tiempo que la responsabilidad de la persona física. El criterio que se siguió para hacer responsable al ente colectivo no fue ya la decisión del órgano, sino el del «contexto social» en el que la persona jurídica desenvuelve su actividad. Así, por ejemplo, cuando alguien compra en unos grandes almacenes no está comprando al vendedor que le ha atendido, sino que en el «contexto social» se compra el artículo a la persona jurídica. De igual modo, si ese vendedor vende cocaína en esos mismos almacenes no podrá imputarse esa venta de cocaína a la persona jurídica, puesto que las circuns-

14. HUBER, B.: «Beobachtungen zur Strafrechtsentwicklung», en *Strafrechtsentwicklung in Europa 1984/86*, tomo 2, Friburgo, 1988, p. 1718 y ss.

15. Art. 26 del Código penal danés de 1996.

16. Cfr. WEELS: *Corporations and criminal responsibility*, Oxford, 1993, p. 130.

17. QUANTE, A.: *Sanktionsmöglichkeiten gegen juristische Personen und Personenvereinigungen*, Frankfurt 2005, pp. 195-196; HUBER, B.: «Il Diritto penale britannico in materia di generi alimentari», en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'economia* núm. 1, 1996, p. 55 y ss., 75.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante... ¿un paso hacia atrás?

tancias que rodean a la persona física son también muy importantes. Para hablar de imputación a la persona jurídica habrá que tener en cuenta si la actividad que se cuestiona se puede o se podría aceptar en el «contexto social» en el que normalmente se desenvuelve tal persona jurídica. En cualquier caso, en Holanda, son compatibles las sanciones penales y las administrativas a las personas jurídicas⁽¹⁸⁾.

En Francia, el Código penal de 1994 reconoce en su Parte General la responsabilidad penal de las personas jurídicas, aunque no de forma incondicionada o sistemática, sino más bien como una solución excepcional⁽¹⁹⁾. El Derecho penal francés se muestra también favorable al reconocimiento de la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al tiempo que junto a ella coexista una responsabilidad penal de sus dirigentes⁽²⁰⁾. El art. 121.2 establece junto a la tradicional responsabilidad personal la responsabilidad de la persona jurídica⁽²¹⁾:

«Las personas jurídicas, con excepción del Estado, son responsables penalmente, según las disposiciones previstas en los arts. 121.4 a 121.7 y en los casos previstos por la ley o los reglamentos, de las infracciones cometidas, por su cuenta, por sus órganos o sus representantes».

«Igualmente las colectividades territoriales y sus asociaciones serán responsables de las infracciones cometidas en el ejercicio de sus actividades las cuales sean susceptibles de ser objeto de convenios de cesión de un servicio público. La responsabilidad penal de las personas jurídicas no excluye la de las personas físicas autores o cómplices de los mismos hechos».

18. Cfr. DE DOELDER, H.: «Die Strafbarkeit juristischer Personen in der Niederlanden», ob. cit.; VERVAELE, J.A.E.: «La responsabilidad penal en el seno de la persona jurídica en Holanda. Matrimonio entre pragmatismo y dogmática jurídica», en *Rev. de Derecho Penal y Criminología*, núm. 1, 1998; QUANTE, A.: *Sanktionsmöglichkeiten gegen juristische Personen und Personenvereinigungen*, ob. cit., pp. 198-200.

19. CONTE, P.: «Il riconoscimento della responsabilità penale delle persone giuridiche nella legislazione francese», en *Riv. trim. di Diritto Penale dell'Economia*, núm. 19, 1-2, 1994, pp. 93-94.

20. MERLE/VITU: *Traité de droit Criminele*, París, 1982, p. 735. BARBERO SANTOS, M.: «¿Responsabilidad penal...?», ob. cit., p. 406.

21. El término personas jurídicas —personnes morales— en francés comprende: 1. personas de derecho privado con fines lucrativos (sociedades civiles o comerciales, grupos de interés económico); 2. personas jurídicas de derecho privado sin fin lucrativo (asociaciones, partidos o grupos políticos, sindicatos); 3. personas jurídicas de derecho público, con excepción del Estado (colectividades territoriales, establecimientos públicos).

M.^a Ángeles Cuadrado Ruiz

Cabe destacar que en Francia el debate no se centra en una cuestión tradicional en nuestro Derecho penal como son los criterios de resolución del actuar (en nombre de) ⁽²²⁾ por otro, en particular en el ámbito de los delitos especiales; sino que entiende que la persona jurídica sí puede ser autora de la infracción, pues es la que comete los hechos delictivos (art. 121.4) ⁽²³⁾.

- B) Otro grupo de países que ha introducido una responsabilidad penal de las empresas es: Portugal, Italia y Noruega.

En Portugal, el Derecho penal ofrece criterios divergentes al señalar al posible titular de la conducta típica. A pesar del reconocimiento del carácter personal de la responsabilidad penal ⁽²⁴⁾ se contiene un ámbito legal reservado —«*salvo disposiciones en contrario*»— para posibilitar la viabilidad de la exigencia de responsabilidad penal a las personas colectivas, al considerar a las personas colectivas capaces de acción y de culpa jurídico-penal a través de un proceso «*filosófico analógico*» ⁽²⁵⁾. Esto supone, según COSTA ANDRADE, la quiebra del principio «*societas delinquere non potest*» para poder luchar así contra la criminalidad de cuello blanco y también contra la criminalidad medioambiental, ámbitos privilegiados para la punición de las personas jurídicas ⁽²⁶⁾. Y ello, a pesar de que el Derecho penal secundario ⁽²⁷⁾ admita la responsabilidad penal de las personas jurídicas. Es decir, si la regla general que aparece en el Código es,

22. Vid. ampliamente GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar de otro*, ob. cit.

23. PRATS CANUTS, M.: «El nuevo Código Penal francés», en *Cuadernos Jurídicos*, sep. de 1994, p. 73 y ss.

24. Art. 11 CP portugués: «*salvo disposiciones en contrario, sólo las personas individuales son susceptibles de responsabilidad penal*».

25. FIGUEIREDO DIAS, J. de: «Pressupostos da punição e causas que excluem a ilicitude e a culpa», en *Jornadas de Direito Criminal. O novo Código Penal português e legislação complementar* Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, 1983, p. 51.

26. COSTA ANDRADE, M. da: «*O novo Código penal e a moderna criminologia*», en *Jornadas de Direito Criminal. O novo Código Penal português e legislação complementar*. Centro de Estudos Judiciários, Coimbra, 1983, p. 218.

27. FIGUEIREDO DIAS, J.: «Para una dogmática del Derecho penal secundario, Una contribución para la reforma del Derecho Penal económico y social portugués». Separata a la *Rev. de Legislação y Jurisprudencia*, núms. 3714 y 3720, Coimbra, 1984, p. 7. El término derecho penal secundario equivaldría a un derecho penal administrativo, también denominado —aunque no en aquel país— derecho penal especial y cuyo núcleo esencial es Derecho penal económico o Derecho penal administrativo económico. Es lo que en Alemania se llama «*Nebenstrafrecht*».

La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante... ¿un paso hacia atrás?

precisamente, la de negar la responsabilidad penal de las personas jurídicas, al mismo tiempo se admiten excepciones casi inabarcables. Así, el Decreto-Ley portugués 28/1984, de 20 de enero, que altera el régimen en materia de infracciones económicas y contra la salud pública, en su art. 3 admite junto a la responsabilidad personal la de las personas colectivas en el ámbito penal, castigando sus actos mediante una penalidad adecuada a la naturaleza de aquellas, que lógicamente excluye las penas privativas de libertad. Dicho artículo establece:

1. *Las personas colectivas, sociedades o cualesquiera otras asociaciones son responsables penalmente por las infracciones previstas en la ley cuando fueren cometidas por sus órganos o sus representantes en su nombre o en interés colectivo. (...)*
3. *La responsabilidad penal de estas entidades no excluye la responsabilidad individual de los respectivos agentes».*

Parece como si una vez aceptada esta última opción por el legislador portugués, rompiendo con los principios del derecho continental, temiera hacer uso de ella en algunos supuestos, o dicho de otro modo, como si recurrir a ella le supusiera un cierto pudor a la hora de romper la tendencia a no extraer del Código penal las conductas más graves⁽²⁸⁾. No obstante, la jurisprudencia lusa ha dejado claro que *«para que las personas jurídicas sean susceptibles de responsabilidad penal, es necesario que la ley expresamente lo diga. Y aun cuando esté prevista en la ley, los titulares de los órganos de representación de aquellas son susceptibles de responsabilidad penal, en el ejercicio de sus funciones»*⁽²⁹⁾.

Al igual que hasta ahora en España, el derecho positivo italiano desconocía la responsabilidad penal de las personas jurídicas: continúa también vigente el principio del derecho romano *«societas delinquere non potest»*. Sin embargo, la legislación penal ordinaria no contiene tampoco ninguna norma que excluya explícitamente la responsabilidad penal de estos entes colectivos. La exclusión se sostenía sobre la base de una interpre-

28. ARENAS RODRIGÁÑEZ, P.: «Los delitos contra la salud pública en el Derecho Penal portugués», en *CPC* 1991, núm. 43, pp. 170-172.

29. STJ de 2 de febrero de 2000, proc. núm. 606/99-3.ª; SASTJ, núms. 38, 68.

M.^a Ángeles Cuadrado Ruiz

tación «sensu contrario» del art. 197 CP italiano, en el que una obligación civil de garantía de la persona jurídica se establecía cuando la persona natural representante o administrador de la persona jurídica cometiese un delito o violase las obligaciones de su cargo y fuese declarada insolvente⁽³⁰⁾.

En Italia, a pesar de la consagración en la Constitución⁽³¹⁾ de la responsabilidad penal personal, se sostiene que no existen obstáculos ni de naturaleza dogmática ni de naturaleza constitucional para configurar una responsabilidad penal de las personas jurídicas, puesto que en el fondo de lo que se trata es de una opción del legislador⁽³²⁾. Algunos autores consideran que el límite constitucional de la responsabilidad penal personal no puede significar una exclusión de la persona jurídica en la esfera de la imputación penal, al menos en la medida en que se entienda la misma no como una «fictio iuris», sino como una realidad social⁽³³⁾. En la doctrina italiana, el órgano administrativo de la empresa organizada en forma de sociedad es quien asume el poder y la responsabilidad del empresario individual, mientras que no existe una posición de garantía del socio en cuanto tal (a no ser que al mismo tiempo sea administrador)⁽³⁴⁾.

- C) Frente a las nuevas tendencias, la postura tradicional estaría representada por Grecia, que se mantiene hostil a la introducción de sanciones penales contra las personas jurídicas, o Luxemburgo, que tampoco recoge ningún tipo de responsabilidad, ni siquiera civil, por los actos realizados por parte de una persona jurídica⁽³⁵⁾.

En España, y hasta el Anteproyecto de Ley orgánica de Reforma del Cp de 2006 sigue vigente el principio «societas delinquere non potest». El Cód-

30. FIANDACA, G./MUSCO, E.: *DP PG*, p. 129.

31. El art. 27.1 de la Constitución italiana dispone que «la responsabilidad penal es personal», lo que se ha interpretado a nivel constitucional como convalidación del principio «societas delinquere non potest». Vid. TRAVERSI, A.: *Responsabilità penali d'impresa*, Milán, 1983, pp. 147-153.

32. FLORA, G.: «L'attualità del principio "societas delinquere non potest"», ob. cit., p. 18.

33. Cfr. por todos, MANNA, A.: «La responsabilità del produttore per la sperimentazione dei farmaci sui malati di mente», en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, núm. 3, julio-septiembre de 1992, p. 665.

34. PEDRAZZI, C.: «Profili problematici del diritto penale d'impresa», en *Riv. Trimestrale di Diritto penale dell'Economia*, enero-junio de 1988, p. 129; PADOVANI: *Diritto penale del lavoro*, 2.ª ed., Milán, 1983, p. 48; GRASSO: «Organizzazione aziendale e responsabilità per omesso impedimento de'll evento», en *Arch. Pen.* 1982, p. 745.

35. TIEDEMANN, K.: «La criminalisation du comportement collectif», en *Criminal Liability of Corporations*, 1996, pp. 11-29; VALLS PRIETO, J.: *El fraude de subvenciones de la Union europea*, Madrid, 2005, p. 98 y ss.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante... ¿un paso hacia atrás?

go penal introdujo en 1995, como solución de compromiso, una serie de sanciones penales para las personas jurídicas, a las que hasta el presente, y persistiendo el adagio romano, no se ha atrevido a denominar penas, sino consecuencias accesorias a la pena impuesta por un hecho delictivo individual, manteniendo, así, firme la teoría del delito, como orientado hacia hechos personales.

5. Si, efectivamente, una gran parte de los países de nuestro entorno reconocen la posibilidad de la responsabilidad penal de las personas jurídicas acudiendo a fórmulas político-criminales eficaces, bien dejando una puerta abierta, tal como hizo el art. 11 del Código penal portugués, bien acuñando expresamente tal responsabilidad, como ha hecho el Código penal francés en su art. 121.2, lo cierto es que el Código penal español se ha aferrado a la vieja tradición romanista sin abordar seriamente el problema. La reforma propuesta por el Gobierno en 2006 parece superar ciertos escollos y apuesta por el reconocimiento de la responsabilidad penal directa de las personas jurídicas. No obstante, los argumentos dogmáticos que se han venido esgrimiendo para no fundamentar tal decisión hasta esta reforma han sido: la supuesta falta de capacidad de acción, de culpabilidad y de pena de las personas jurídicas, y que como se verá a continuación caen por su propio peso, abriendo una vía a la responsabilidad penal de estos entes colectivos, si llega a buen término dicho Anteproyecto.

II. LA CAPACIDAD DE ACCIÓN DE LA PERSONA JURÍDICA

1. Como decía, las razones que se han barajado para negar la responsabilidad penal de las personas jurídicas y, por tanto, para no imponer una pena como sanción comienzan por negar su capacidad de acción. Lo que se cuestiona aquí es, ni más ni menos, la voluntariedad en sentido psicológico de la persona jurídica, o lo que es lo mismo, la finalidad diferente a la de sus órganos, es decir, la relación de la acción con el sujeto.

2. Para quienes niegan la capacidad de acción de la persona jurídica, ésta —dicen— no sería más que la imputación de acciones naturales de otros, por lo tanto, faltaría el actuar ético-socialmente reprobable de la persona colectiva como tal, que es necesario para los hechos punibles. A las personas jurí-

M.^a Ángeles Cuadrado Ruiz

dicas, insisten, les falta «*la conciencia y la voluntad en el sentido psicológico, y con eso la capacidad de autodeterminación*»⁽³⁶⁾.

3. En primer lugar se ha buscado la forma de debilitar este argumento recurriendo a figuras de autoría reconocidas penalmente, como la coautoría⁽³⁷⁾ y la autoría mediata⁽³⁸⁾. Sin embargo, en estas figuras, junto con la participación objetiva en el dominio del hecho, el coautor y el autor mediato están vinculados a la acción de los otros por una decisión concreta, mientras que en la acción de la persona jurídica uno cuenta sólo con la decisión del órgano que efectivamente la ejecuta. Estaríamos aquí ante un caso de acción por medio de otro, condicionado por la estructura de la corporación, pues según la teoría orgánica de la persona jurídica, la relación existente entre el ente colectivo y la persona física hace posible adscribir al primero las consecuencias de las conductas de sus órganos⁽³⁹⁾. Además, la capacidad de acción de estos entes colectivos, en contra de lo que se afirma en Derecho penal, está ampliamente reconocida en otros ámbitos: en el derecho civil, mercantil o administrativo, en los que también se lesionan normas ético-sociales⁽⁴⁰⁾. Si las personas jurídicas son destinatarias de deberes jurídicos no sólo pueden cumplirlos, sino que también pueden infringirlos⁽⁴¹⁾. Si pueden comprar, vender, contratar, arrendar, asumir responsabilidades, pueden hacerlo también fraudulentamente⁽⁴²⁾, afirmando, así, la capacidad de acción de las personas jurídicas⁽⁴³⁾.

36. GRACIA MARTÍN, L.: *El actuar en lugar...*, ob. cit., p. 8, apoyando su argumento en el principio romano, dice que sólo puede ser sujeto activo del delito la persona humana. Sin embargo, sí admite que sean un centro de imputación normativa de deberes y derechos, una «unidad de eficacia» en cuanto factor activo en el acontecer social.

37. Así BUSTOS RAMÍREZ, J.: «Perspectivas actuales del Derecho Penal Económico», en *Política Criminal y Reforma penal. Homenaje a la memoria del Prof. Juan del Rosal*, 1993, p. 221.

38. Así lo sostiene el Tribunal Supremo alemán, que ha declarado que «el problema de la responsabilidad en el funcionamiento de las empresas se puede solucionar de este modo», *BGHSt*, 40, p. 237. Vid. ROXIN, «Die Abgrenzung von Täterschaft und Teilnahme in der höchstrichterlichen Rechtsprechung», en *50 Jahre Bundesgerichtshof*, vol. IV, 2000, pp. 177, 192 y ss.

39. FIANDACA/MUSCO: *DP PG*, reed., 1994, p. 131.

40. WIESENER, A.: *Die strafrechtliche Verantwortlichkeit von Vertretern und Organen*, 1971, p. 20 y ss., 24 y ss.

41. HIRSCH, J.H.: *La cuestión de la responsabilidad penal...*, ob. cit., pp. 1105-1108.

42. VON LISZT/ SCHMIDT: *Lehrbuch des Deutschen Strafrechts*, 1932, p. 156, n. 4: si la persona colectiva es capaz de acción en el Derecho civil, también lo puede ser en el Derecho penal: «*wer Verträge schliessen kann, der kann auch betrügerische oder wucherische Verträge schliessen*», cit. por CASTRO E SOUSA, ob. cit., p. 113 y por HIRSCH, ob. cit., p. 1108, n. 33.

43. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: «Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas», en *CPC*, núm. 53, 1994; HIRSCH, J.H.: ob. cit., pp. 1105-1108.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante... ¿un paso hacia atrás?

4. En realidad, nadie niega abiertamente la capacidad de acción de las personas jurídicas. Algún sector doctrinal estima que el fundamento de la irresponsabilidad penal de la empresa, frente a la superación de tal principio en los países anglosajones ⁽⁴⁴⁾, no es tanto la noción de acción humana como dogma central de la teoría del delito, cuanto la decisión político criminal ⁽⁴⁵⁾ de no culpar penalmente a una entidad compleja como la persona jurídica que bajo la forma societaria ha desarrollado y desarrolla un papel preeminente en el desarrollo económico: la autonomía patrimonial en el ámbito civil y la inmunidad de la que goza en el marco penal, debido a las frecuentes dificultades que se dan en la práctica para depurar individualizadamente la responsabilidad en el interior de los entes colectivos. Dicha autonomía patrimonial y la inmunidad penal han constituido, de algún modo, los instrumentos jurídicos fundamentales de la protección de la vida y de la actividad de la persona jurídica amparada, así, de los riesgos de los socios en particular y de las consecuencias penales de la actividad de los propios órganos sociales respectivamente ⁽⁴⁶⁾.

III. LA CAPACIDAD DE CULPABILIDAD DE LA PERSONA JURÍDICA

1. Otra cuestión es la capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas. Un gran sector doctrinal afirma que a la persona colectiva le falta, en todo caso, la capacidad para actuar culpablemente ⁽⁴⁷⁾, entendida tal capacidad como el

44. BRICOLA, F.: «Il costo del principio *societas delinquere non potest* nell'attuale dimensione del fenomeno societario», en *Riv. ital. dir. proc. pen.*, 1970, p. 1002 y ss.

45. MUÑOZ CONDE, F.: *Delincuencia económica: estado de la cuestión y propuestas de reforma*, p. 15; BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Derecho Penal Económico: protección penal y cuestiones político criminales*, p. 17; FLORA, G.: «L'attualità del principio "*societas delinquere non potest*"», en *Riv. trim. di Diritto penale dell'Economia*, núm. 22, 1, 1995, p. 18; FIANDACA, G./MUSCO, E.: *DP PG*, p. 130.

46. TIEDEMANN, K.: «Strafbarkeit und Bußgeldhaftung von juristischen Personen und ihren Organen», en *Old ways and new needs in criminal legislation*, ed. Eser/Thormundsson, Friburgo, 1989, p. 172; MILITELLO, V.: «La responsabilità penale dell'impresa societaria e dei suoi organi in Italia», en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 1992, p. 105; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: «Notas para un estudio sobre los fraudes alimentarios en Derecho penal», en *RFDUC*, 1979, p. 74; BACIGALUPO SAGGESE/SÁNCHEZ VEGA: *Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos de empresa*, Barcelona, 2006; PALAZZO, F.: «*Societas puniri potest: la responsabilità da reato degli enti collettivi*», ob. cit.; FOFFANI, L.: «Bases para una imputación subjetiva de la persona moral. Hacia una culpabilidad de las personas jurídicas», ob. cit.

47. Así RUIZ VADILLO, E.: «La responsabilidad penal...», ob. cit., pp. 6, 8.

M.^a Ángeles Cuadrado Ruiz

reproche ético social a un sujeto libre o con motivabilidad normal. Es más, el Informe del CGPJ también lo manifiesta, diciendo así: «*se maneja un concepto de culpabilidad que no se basa en un reproche ético, sino en un reproche social sustentado en categorías sociales y jurídicas, que fundamenta la responsabilidad de la persona jurídica en la culpabilidad de la organización por la conducta de los sujetos que la componen*».

Es recomendable, por ello, considerar las cosas con mayor precisión puesto que en ocasiones la aplicación del principio «*societas delinquere non potest*» supone, precisamente, la conculcación del principio de culpabilidad.

2. En ámbitos de la actividad empresarial como, por ejemplo, las muertes o lesiones procedentes de productos defectuosos, muchas veces, para asegurar la indemnización a las víctimas se acaba «seleccionando» por puro azar a una o varias personas físicas como cabeza de turco o chivo expiatorio, condenándolas a una pena simbólica, por razones de justicia material, y en ocasiones, también, para tranquilizar a la opinión pública. De esta forma se deduce una responsabilidad objetiva para implicar civilmente a la sociedad responsable —que en principio no es responsable penalmente si se mantiene en vigor el «*societas delinquere non potest*»— y satisfacer desde el orden penal las pretensiones civiles. Y, más aún, se conculcaría el principio de culpabilidad al imponer sanciones penales, las llamadas «consecuencias accesorias» a quien no es responsable penal (la persona jurídica), imponiéndole el juez, por los delitos cometidos en el ámbito de su actividad, consecuencias que pudiesen suponer una limitación en sus derechos patrimoniales, o de otra índole.

3. Si las empresas pudieran ser sujetos activos del delito, en concretas situaciones en las que no sea evidente e incuestionable la imprudencia y exclusiva situación de garante de una persona física, se evitaría la hipocresía de condenar a personas inocentes, aun cuando sea a una condena simbólica, con la mera función de ser instrumentos de condena civil de la persona jurídica⁽⁴⁸⁾.

4. Al observar la realidad social se advierte, no obstante, que se habla con toda frecuencia de culpabilidad de personas jurídicas: se habla de *culpabili-*

48. RODRÍGUEZ RAMOS, L.: «¡Societas delinquere potest!», en *La Ley*, 1996, núm. 4136, p. 2 y ss.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante... ¿un paso hacia atrás?

dad de unos laboratorios farmacéuticos por comercializar productos con indeseables efectos secundarios ⁽⁴⁹⁾, o de la *culpabilidad* de una empresa química, que por dejadez desagua sustancias tóxicas en un río, poniendo en peligro el suministro de agua potable, o de la *culpabilidad* de partidos políticos por corrupción o de la *culpabilidad* de un Ayuntamiento por concesión de licencias urbanísticas ilegales o incluso de *culpabilidad* de los Estados por entrar a formar parte o no en un conflicto bélico o por la violación de derechos humanos. En estos supuestos hablar de *culpabilidad* no significa, algo éticamente indiferente.

5. Por tanto, también se puede contrarrestar la consideración del principio «*societas delinquere non potest*» con tentativas teóricas para fundamentar la responsabilidad directa de las personas jurídicas en una culpabilidad de la propia persona jurídica. Esto es, si la esencia de la corporación no es una mera suma de personas individuales, sino que es algo más, es una estructura independiente que se separa de ellas, de la misma forma la culpabilidad de la persona jurídica no es idéntica a una culpabilidad sumaria de sus miembros. Si una empresa en la que por falta de previsión en las distintas fases de la producción no se realiza, por ejemplo, el control previsto en la Ley del Medicamento, y produce un somnífero que ocasiona malformaciones en el embrión, y con ello el nacimiento de niños con taras físicas, no se puede decir que sea algo éticamente irrelevante.

Si la empresa es destinataria de normas éticas, de tal modo que pueda hacerse un reproche de culpabilidad por la lesión de la norma, es, entonces, también persona en el sentido ético como para ser destinataria de la punición por el incumplimiento de tales normas ⁽⁵⁰⁾. Esto es reconducible en el plano dogmático al esquema de imputación —ya presente en muchos ordenamientos— donde se sancionan los ilícitos por quien se ha puesto voluntariamente en condición de incapacidad ⁽⁵¹⁾. El fundamento material —como posible solu-

49. Así los laboratorios Upjohn, con respecto al somnífero Halciun. Vid. CUADRADO RUIZ, M.^a A.: «La protección penal de los medicamentos», en *CJ*, núm. 7, 1993, p. 59 y ss.

50. HIRSCH, H. J.: ob. cit., 1111, 1114.

51. En estos casos denominados en nuestra doctrina «*actio libera in causa*» lo relevante penalmente es el actuar precedente. Cfr. MUÑOZ CONDE, F.: *Teoría general del delito*, pp. 30-31 y 140-141: la dificultad para imputar hechos producidos en estado de inimputabilidad es evidente y ello ha motivado que Códigos como el alemán castiguen al que dolosa o culposamente se pone en situación de inimputabilidad y en dicha situación comete un delito. Vid. ampliamente JOSHI JUBERT, U.: *La doctrina de la «actio libera in causa» en Derecho*

M.^a Ángeles Cuadrado Ruiz

ción— de la reprobación directa al ente colectivo descansa en la omisión de medidas necesarias para evitar el delito, que materialmente es llevado a cabo por sujetos individuales. La culpabilidad de la persona jurídica consistiría en que no ha organizado su actividad conforme a las exigencias del ordenamiento, y tal falta de organización sería la causa de la posterior comisión de hechos delictivos. Más que un contenido sustancial a verificar en cada caso, bastaría un único principio de responsabilidad: el que el ente pruebe que ha hecho cuanto podía para evitar los defectos organizativos que son fuente del ilícito no tendría efecto disculpante, puesto que mediante la omisión de las medidas necesarias se habría colocado intencionadamente en esa situación para cometer el delito. De esta forma no se excluiría, por tanto, la imputabilidad de la persona jurídica⁽⁵²⁾. O dicho con otras palabras, como la necesaria componente subjetiva del delito viene individualizada en la pre-culpabilidad por la consiguiente determinación de las condiciones del futuro delito, de la misma forma se puede hablar de una «culpabilidad organizativa» del ente colectivo. Según el supuesto especial de «omissio libera in causa in omittendo»⁽⁵³⁾, y aplicando su esquema al intento de fundamentar una responsabilidad penal de las personas jurídicas, entiendo que la incapacidad de acción que procede del comportamiento precedente en la estructura de la «omissio libera in causa» vendría conformado por la omisión de las medidas necesarias por parte del ente colectivo. Ello determinaría la «culpabilidad organizativa» de este y, en un segundo momento, siendo incapaz de responsabilidad penal el ente colectivo,

Penal (Ausencia de acción o inimputabilidad provocada por el sujeto), Ed. Bosch, Barcelona, 1992; ALCÁCER GUIRAO, R.: «*Actio libera in causa*» dolosa e imprudente: la estructura temporal de la responsabilidad penal, Barcelona, 2005.

52. Algunas voces en la doctrina alemana, destacando la de TIEDEMANN, K.: «Die "Bebusung" von Unternehmen nach dem 2. Gesetz zur Bekämpfung der Wirtschaftskriminalität», *NJW*, 1988, pp. 1172-1173, han contrarrestado la falta de culpabilidad de las personas jurídicas a través de la *culpabilidad organizativa*, *Organisationsverschulden*; JAKOBS, G.: *Strafrecht Allg. Teil*, 2.^a ed., 6/44, 6/45; en Italia, MILITELLO, V.: *La responsabilità penale dell'impresa societaria e dei suoi organi in Italia*, p. 111; en nuestra doctrina, siguiendo este planteamiento, ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: «Una vez más sobre el tema de la responsabilidad criminal...», ob. cit., p. 4: «el motivo que justificaría la imputación de la acción a la persona jurídica y la correspondiente sanción a la misma estaría constituido por un momento omisivo»; el mismo, «Capacidad de acción y capacidad de culpabilidad de las personas jurídicas», en *CPC*, núm. 53, 1994.

53. WELP, J.: *Vorangegangenes Tun als Grundlage einer Handlungsäquivalenz der Unterlassung*, p. 137 y ss.; HRUSCHKA, J.: «Über Tun und Unterlassen und über Färlässigkeit», en *Bockelmann Festschrift*, p. 421 y ss.; VOGEL, J.: *Norm und Pflicht*, p. 122 y ss.; SILVA SÁNCHEZ, J.M.³: *El delito de omisión. Concepto y sistema*, Ed. Bosch, 1986, pp. 260-272; JOSHI JUBERT, U.: ob. cit., pp. 191, 206 y ss.; ALONSO ÁLAMO, M.: «La acción "libera in causa"», en *ADPCP*, 1989, tomo XLII, pp. 89-93.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante... ¿un paso hacia atrás?

los sujetos individuales llevan a cabo el delito. Con palabras de SILVA SÁNCHEZ relativas a la comisión por omisión y para el supuesto que se trata aquí —relativizar la falta de culpabilidad de la persona jurídica—, se podría decir que si la persona jurídica «*sabe o puede prever que en tal situación, pese a todo, omitirá la realización de la conducta típicamente indicada, el primer momento se convierte en la última oportunidad de evitar el resultado. Así la pre-
via-no evitación, dolosa o imprudente, puede estimarse como omisión de garante a la que cabe imputar el resultado*»⁽⁵⁴⁾. Si el fundamento de la imputación penal en la «*actio libera in causa*» reside en la acción precedente, y existe una situación de peligro, precisamente, creada porque se podría prever la falta de medidas de ese tipo dentro de la organización de la persona jurídica (la situación de peligro aparece cuando se ve como necesaria o posible la adopción de tales medidas) entonces, en el momento presente, la no-evitación del resultado (de la producción de lesiones a los consumidores, por ejemplo) en ausencia de imputabilidad daría lugar a la apreciación de una omisión del deber de garante, y, en principio, a responsabilidad penal en comisión por omisión⁽⁵⁵⁾.

6. Afirmandose de este modo la «culpabilidad organizativa» se salvaría el escollo dogmático de la falta de culpabilidad para apoyar, así, una posible fundamentación de la responsabilidad penal de las personas jurídicas⁽⁵⁶⁾, en comisión por omisión⁽⁵⁷⁾.

54. SILVA SÁNCHEZ, J.M.^ª: ob. ult. cit., p. 269: en estos casos, sostiene que la omisión que se produce en la segunda fase (amparada por la justificación o inimputabilidad provocadas) sea dolosa y su provocación en cambio imprudente, en tales supuestos se suele defender la imputación del resultado a título de imprudencia; HRUSCHKA, J.: *Strafrecht nach logisch-analytischer Methode*, 2.^ª ed., Berlín, Nueva York, 1988, pp. 311, 336; VOGEL, J.: *Norm und Pflicht bei den unechten Unterlassungsdelikten*, 1993, pp. 123-124; en este sentido también ALONSO ÁLAMO, M.: ob. cit., p. 98, «*la "actio libera in causa culposa" debe limitarse a supuestos en que la incapacidad es previa al comienzo de la ejecución típica*».

55. SILVA SÁNCHEZ, J.M.^ª: ob. ult. cit., p. 271, ALONSO ÁLAMO, M.: ob. cit., pp. 98-98, si se entiende que la «*actio praecedens*» integra ya el peligro desaprobado jurídicamente, estará presente sin más el delito culposo. Cfr. CUADRADO RUIZ, M.A.: *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, 1998.

56. En contra GRACIA MARTÍN, L.: «*La responsabilidad penal del directivo, órgano y representante de la empresa en el Derecho Penal español*», ponencia presentada en *Hacia un Derecho penal económico europeo*, Madrid, octubre de 1992, pp. 10-11, n. 26, quien incluso niega desde un primer momento la capacidad de acción de las personas jurídicas, por lo que entiende que «*el sujeto obligado a producir la situación jurídicamente deseada sólo podría recaer en un sujeto capaz de acción; en estos casos en las personas físicas de los órganos y representantes de la persona jurídica; de existir, por tanto, una culpabilidad de organización, ésta sólo podrá afirmarse en los órganos y representantes, pero no en la persona jurídica*».

57. CUADRADO RUIZ, M.^ªA.: «*La comisión por omisión como problema dogmático*», en *ADPCP*, 1997, p. 387 y ss.; la misma, *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, 1998.

M.^a Ángeles Cuadrado Ruiz

7. De todo ello se deriva que la capacidad penal de las personas jurídicas tampoco se excluye si se tiene en cuenta el requisito de la culpabilidad⁽⁵⁸⁾.

8. La jurisprudencia alemana en la sentencia de los pulverizadores para productos de piel siguió, en parte, esta construcción. Resaltó la inexistencia de precauciones por parte de la empresa para hacer frente a una retirada de productos defectuosos del mercado fundamentando, así, una responsabilidad penal. La organización de la empresa no tenía previsto ningún tipo de medidas para el caso de una posible retirada de productos defectuosos del mercado y tampoco había previsto la consiguiente paralización de la producción y distribución de los productos (*ressortüberschreitendes Problem*)⁽⁵⁹⁾. En tal caso se implicarían diversos departamentos como, por ejemplo, el departamento de «Marketing y distribución», del cual también dependían las otras empresas filiales; el departamento de «Ventas y almacenamiento»; o los laboratorios químicos. También se vería involucrado el departamento de «Finanzas» y el de «Contabilidad» por la repercusión financiera de una retirada⁽⁶⁰⁾. Pues bien, no se habían tomado ningún tipo de medidas en ninguno de estos departamentos para el supuesto en el que se produjera una paralización de la fabricación o distribución, o una retirada del producto una vez en el mercado. Aunque desde el punto de vista jurídico cada una de las empresas sigue manteniendo su propia estructura y personalidad, con lo que, en principio, cada una debería hacer frente a su propia responsabilidad; sin embargo, des-

58. JAKOBS, G.: *Strafrecht Allgemeiner Teil*, 2.^a ed., 1991, 6/44, 6/45, p. 125; HIRSCH, H. J.: ob. cit., 1108; FIGUEIREDO DIAS, J.: «*Para uma dogmática do direito penal secundário*», en *Rev. de Legislação e de Jurisprudência*, 117, 1984-5, pp. 73-74. Sin embargo, otros autores como RUIZ VADILLO, E.: «*La responsabilidad penal de las personas jurídicas en el Derecho europeo*», en *Rev. de Derecho Penal y Criminología*, UNED, Madrid 1991, p. 327 y ss. entienden que se trataría de algo que no es propiamente Derecho penal, aunque sí un tipo de derecho sancionador que ha de encontrar su cobertura en una especie de responsabilidad civil por el hecho de actuar en sociedad. No habría culpabilidad en el sentido penal, según este sector doctrinal, sino una responsabilidad por el hecho de actuar en sociedad: cabría una presunción «*iuris tantum*» (que no sería admisible en Derecho penal) de que producido un delito en el seno de una sociedad, se presume que fue debido a sus estructuras sociales, a su entramado organizativo, con lo que sólo con la prueba contraria, según este sector doctrinal, estaríamos ya fuera del Derecho penal, y cesaría esa responsabilidad. Habla de un sistema «*ad hoc*», nuevo, «*de responsabilidad social, responde porque actúa en sociedad, y los resultados demuestran que las estructuras establecidas por la entidad fueron insuficientes o deficientes*».

59. BGH NJW 1990, 2560 (2565); críticamente ACHENBACH, H.: «*Die strafrechtliche Haftung des Unternehmens im deutschen Recht*», en *Bausteine des europäischen Wirtschaftsstrafrechts*, 1994; CUADRADO RUIZ, M.A.: «*La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*», ob. cit., p. 28 y ss.

60. EIDAN, G.: *Unternehmen und Strafe*, 2.^a ed., 2001, pp. 167, 306.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante... ¿un paso hacia atrás?

de una perspectiva económica están integradas bajo una única dirección y unidad económica, por lo que determinados comportamientos delictivos que pueden surgir en órganos y personas jurídicas diversas son ejecutados por una dirección empresarial subordinada que puede aparecer formalmente como responsable (garante múltiple), siendo ello consecuencia de la política empresarial del grupo ⁽⁶¹⁾.

La empresa es el brazo ejecutor de los ejecutivos, y a partir de ahí el Tribunal alemán realizó una búsqueda consciente en dos etapas: primero imputó el caso a la empresa, y luego, una vez introducidos en la vida de la organización empresarial, buscó la responsabilidad de los sujetos individuales ⁽⁶²⁾.

Sin embargo, el Consejo General del Poder Judicial español acaba de admitir dichos postulados cuando en su Informe objeta que *«la imputación de una acción ajena no es una acción propia de la persona colectiva y la imputación de la culpabilidad ajena tampoco es culpabilidad propia de la persona colectiva; con otras palabras, la culpabilidad de la persona jurídica, al igual que sucede ya con su acción, sigue siendo también una ficción, ya que la organización defectuosa que fundamentaría su imputación no es creación de la propia persona colectiva, sino de quienes la dirigen o gestionan. El defecto o la omisión de organización, de vigilancia o de control por parte de la persona jurídica, no es en realidad más que el defecto u omisión imputables a las personas físicas que han actuado como órganos de decisión, representación o administración de la persona jurídica y que por ello son las únicas que pueden ser culpables. Sin el hecho individual y propio no puede hablarse de acción personal, que es la base del hecho culpable, como tampoco de culpabilidad, que presupone siempre una decisión y una actuación propias»* ⁽⁶³⁾.

9. Entiendo, por ello, que la imputación penal se ha de dirigir tanto a la persona jurídica, sea pública o privada, como a la persona individual. En cualesquiera de los casos se trataría de una acción personal: de la persona

61. TERRADILLOS BASOCO, J.: *Derecho Penal de la empresa*, 1995, pp. 40-41.

62. KUHLEN, L.: «Grundfragen der strafrechtlichen Produkthaftung», en JZ, 1994, p. 1142 y ss.; MIR, S., considera un poco peligroso el preguntarse sólo por la responsabilidad del ente colectivo, por lo que habrá que esforzarse en buscar al responsable físico. En Seminario Hispano-alemán sobre *La responsabilidad penal del producto*, Barcelona, 11-13 de marzo de 1994.

63. INFORME de 27 de octubre de 2006, del Consejo General del Poder Judicial al Anteproyecto de Ley Orgánica por la que se modifica la Ley Orgánica 10/1995, de 23 de noviembre, del Código penal.

M.^a Ángeles Cuadrado Ruiz

jurídica y/o de la persona física. En aquella sentencia de los Lederspray se afirmó, en primer lugar, una responsabilidad penal, una culpabilidad colectiva de la dirección, que en un segundo nivel —el deber de retirada del producto— se traspa a cada uno de los directivos ⁽⁶⁴⁾. Por un lado, de la organización de la empresa se desprende una obligación del poder de dirección, a cuyos intereses generales se subordina la mayoría y, al mismo tiempo, la decisión acordada también se convierte en algo propio del ámbito de trabajo de cada responsable. De esta forma, la imposición de consecuencias penales a las empresas no vulneraría el principio de culpabilidad, sino que sobre la base de tal principio se impondría la sanción admitiéndose, así, la responsabilidad penal de la persona jurídica.

IV. ¡SOCIETAS DELINQUERE POTEST!, ¿SED PUNIRI NON POTEST?

1. De los argumentos anteriormente expuestos, respecto de la capacidad de acción y capacidad de culpabilidad parece abrirse una puerta a favor del «¡societas delinquere potest!» Sin embargo, la falta de receptividad a la pena, es decir, de sentir los contenidos de retribución, expiación, intimidación o reeducación ⁽⁶⁵⁾ que, por esencia, está orientada sólo a la persona de carne y hueso, es el otro argumento que se ha esgrimido para negar la responsabilidad penal de las personas jurídicas.

2. La pena expresa el juicio de desvalor o desaprobación ético social de la sociedad sobre el delincuente por haber cometido una infracción jurídica. La necesidad de librarse de la culpabilidad a través de la expiación es una experiencia

64. CUADRADO RUIZ, M.A.: *La responsabilidad por omisión de los deberes del empresario*, Barcelona, 1998, p. 15 y ss.; BEULKE/ BACHMANN: «Die Lederspray-Entscheidung, BGHSt 37, 106», en *JuS* 1992, p. 741; HASSEMER, W.: «Strafrechtliche Produkthaftung», en *JuS* 1991, p. 255.

65. Art. 25.2 de la Constitución española: «*las penas privativas de libertad... deben orientarse hacia la reeducación y reinserción social*». El art. 27.3 de la Constitución italiana de 1948: «*las penas deben tender a la reeducación del condenado*» utiliza el término pena sin referirse a ninguna de sus modalidades en concreto. La orientación programática a la resocialización como fin del sistema penitenciario ha provocado un amplio debate. El constituyente español se ha referido expresamente a la pena privativa de libertad aunque interpretaciones doctrinales se hayan referido a todo tipo de penas. Vid. ampliamente GRACIA MARTÍN, L.: *Tratado de las consecuencias jurídicas del delito*, Valencia, 2006.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante... ¿un paso hacia atrás?

fundamental de la persona como ente moral⁽⁶⁶⁾. De ahí que para algunos la pena sólo fuese aplicable a las personas naturales. La Exposición de motivos del Anteproyecto de Ley Orgánica de reforma del Cp lo ha expresado así:

«Una objeción central a la posibilidad de acoger la responsabilidad penal de las personas jurídicas se apoyaba ciertamente en la incapacidad de éstas para soportar unas reacciones jurídicas, como son las penas, que se concibieron para personas físicas. Esa imposibilidad estaría fuera de duda si se pretendiera extender sin matiz alguno un sistema punitivo así caracterizado; mas eso no sucede cuando, como se ha expuesto, el eventual delito es obra de sujetos concretos que arrastran consigo la responsabilidad de la persona jurídica bajo cuya forma y en cuyo interés y provecho actúan. Las sanciones penales que entonces se contemplan para esas personas jurídicas, parten de esa realidad y obedecen a comprensibles criterios de prevención frente al abuso de la personalidad separada, que no puede servir de cortafuegos de la responsabilidad patrimonial, ni tampoco puede dejar a la persona jurídica en la ajenidad respecto de los actos delictivos ejecutados en su interés —por decisión o por tolerancia de los que tengan poder para controlar las decisiones— de modo que no hayan de afectar en nada a su propia capacidad de continuar en el mercado indemne y con plenitud de derechos. Es desde esa óptica como han de comprenderse las diferentes sanciones que con el nombre de penas se contemplan».

Y más adelante sigue diciendo que

«En estas circunstancias, la imposición de genuinas penas a las personas jurídicas por “actos propios”, aunque, paradójicamente, de otros sujetos, supone la vulneración de los principios de culpabilidad y de responsabilidad personal, al desvincularse completamente de la acción antijurídica y culpable del propio sujeto. Los intentos de armonizar las categorías del delito, principalmente la acción, la tipicidad subjetiva y la culpabilidad, en aras a fundamentar la capacidad delictiva de las personas jurídicas y la legitimidad de imponerles penas, pueden acabar desnaturalizando el sentido y los fines de las penas al violentar el mismo concepto de delito y de la culpabilidad» (cfr. art. 5 CP: «No hay pena sin dolo o imprudencia»)⁽⁶⁷⁾.

66. JESCHECK, H.H.: *DP PG*, vol. I, 3.ª ed., pp. 90-91.

67. INFORME de 27 de octubre de 2006, del Consejo General del Poder Judicial.

M.^a Ángeles Cuadrado Ruiz

Ciertamente no llego a comprender muy bien cómo en países de nuestro entorno y de nuestra cultura jurídica, como puedan ser Francia u Holanda, los conceptos de delito, de culpabilidad no se han «desnaturalizado», tal como dice el Informe del Consejo General del Poder Judicial al fundamentar la capacidad delictiva de los entes colectivos y de las personas jurídicas, y sin embargo, en nuestro país, el denominar penas a las sanciones que imponen los jueces penales, en un procedimiento penal y aplicando las categorías jurídicos-penales a las personas jurídicas parece como si estuviera al margen de toda legitimidad, cuando, precisamente, lo que hace el Anteproyecto no es ni más ni menos que incluir, en el nuevo apartado 7.^o del art. 33 que contiene los tipos de penas, todas (y alguna más) las que hasta ahora se venían denominando consecuencias accesorias del art. 129 Cp. El Anteproyecto le cambia el nombre a lo que, a mi entender, ya eran penas aplicables a las personas jurídicas ⁽⁶⁸⁾.

3. En realidad, si se le mira como una organización abstracta, efectivamente, el ente colectivo no puede tener sentimientos. Pero es una estructura que recibe vida a través de sus miembros y de sus órganos. Por ello, la sanción penal produce reacciones dentro de la persona jurídica. Por ejemplo, una multa considerable a la empresa disminuye sus ganancias, y por tanto, las de sus socios. Se ha de tener en cuenta que se trata de efectos mediatos, ya que los socios no responden con su propio patrimonio, y los efectos que se derivan para ellos están limitados a los efectos para la sociedad. De la actividad de la persona jurídica, así como de la actividad de ésta, se derivan ventajas o desventajas para el socio. Para minimizar estos riesgos los socios pueden asegurarse a través de la elección de órganos fiables. Por ello, los efectos mediatos que tienen las sanciones penales no son indiferentes a las personas jurídicas, como tampoco son injustas ⁽⁶⁹⁾.

4. Desde el punto de vista de la prevención general y de la prevención especial los efectos de la pena también se adecuan a los entes colectivos ⁽⁷⁰⁾. Una

68. CUADRADO RUIZ, M.A.: *Protección penal de la salud de los consumidores*, nota 12, p. 126 y ss.

69. HIRSCH, H.J.: ob. cit., p. 1116.

70. JEANDIDIER, W.: *Droit Pénal General*, París, 1988, p. 290. En contra BUSTOS RAMÍREZ, J.: *Perspectivas actuales del Derecho Penal Económico*, p. 218; SCHÜNEMANN, B.: *Unternehmenskriminalität*, p. 19 y ss., 56 y ss., habla del reducido efecto preventivo del Derecho penal en organizaciones jerárquicas en las que existe una filosofía o moral propia.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante... ¿un paso hacia atrás?

pena económica millonaria a una empresa intimidará a otras empresas para no correr el mismo riesgo (prevención general). Y desde la óptica de la opinión pública, las empresas se esfuerzan por no deteriorar su imagen y su prestigio por lo que la empresa sancionada penalmente cuidará, incluso más que la persona natural, no volver a entrar en conflictos (prevención especial) ⁽⁷¹⁾.

5. Creo que actualmente no es muy difícil constatar que determinadas conductas nacidas en el ámbito de las sociedades mercantiles se estiman acreedoras de sanción penal ⁽⁷²⁾, y más aún, dado que a través de productos de consumo masivo, alimentos, medicamentos, medio ambiente, ordenación del territorio, etc., el rango de los intereses a tutelar —la salud pública o el medio ambiente, por ejemplo, afecta a multitud de personas ⁽⁷³⁾. Estoy persuadida de la capacidad de pena de las personas jurídicas— y es lo que se ha hecho el legislador al establecer un repertorio adecuado a la naturaleza de estas personas del que, por supuesto, queda excluida la pena privativa de libertad.

V. ¿QUÉ SANCIONES SERÍAN APLICABLES A LAS PERSONAS JURÍDICAS?

1. Las divergencias que he venido esbozando en cuanto al principio romano «societas delinquere non potest» tienen aquí su reflejo. En el fondo nadie niega abiertamente la criminalidad de las empresas y a través de ellas. Lo que ocurre es que para algunos aplicar las rígidas categorías de la teoría del delito a las sociedades mercantiles resultaría ciertamente distorsionador ⁽⁷⁴⁾.

71. EHRHARDT, A.: ob. cit., pp. 203-205; HIRSCH, H.J.: ob. cit., p. 1113.

72. TIEDEMANN, K.: *Poder económico y delito*, p. 151; BUSTOS, J.: *Perspectivas actuales del Derecho Penal Económico*, p. 221; FOFFANI, L.: «Bases para una imputación subjetiva de la persona moral. Hacia una culpabilidad de las personas jurídicas?», en *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Madrid, 2005.

73. MANNA, A.: «La responsabilità del produttore per la sperimentazione dei farmaci sui malati di mente», en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, núm. 3, julio-septiembre de 1992, pp. 664-667; CUADRADO RUIZ, M.A.: «Protección penal de la salud de los consumidores», en *Protección penal y Tutela jurisdiccional de la salud pública y el medio ambiente*, Univ. de Sevilla, 1997, p. 111 y ss.; la misma, «Protección penal del consumidor en el Estado social y democrático de Derecho», en *Rev. Internazionale de Langues Juridiques et de Droit comparé*, núm. 2, 2003; DOVAL PAÍS, A.: «Problemas aplicativos de los delitos de fraude alimentario masivo», en *Responsabilidad penal por defectos en productos destinados a los consumidores*, Madrid, 2005.

74. BAJO FERNÁNDEZ, M.: «De nuevo sobre la responsabilidad criminal de las personas jurídicas», en *ADPCP*, 1981, se pregunta si los costos de prescindir de los principios liberales garantizadores de culpabilidad

M.^a Ángeles Cuadrado Ruiz

Por ello, para cerrar la discusión, habría que cuestionarse —una vez admitida la capacidad de comportamiento y de culpabilidad de la persona jurídica— cuál es la naturaleza de las sanciones a imponer a las empresas ⁽⁷⁵⁾: penas, ¿es, o no, la empresa penalmente punible? ⁽⁷⁶⁾, ¿bastaría una sanción civil o administrativa? ⁽⁷⁷⁾, ¿o una medida de seguridad? ⁽⁷⁸⁾, ¿o consecuencias accesorias? ⁽⁷⁹⁾. Si con estas últimas soluciones, hasta ahora, ha quedado intacto el principio dogmático de la responsabilidad penal orientada hacia hechos de la persona física, lo que la Reforma penal que está en marcha pretende es solucionar el problema de política criminal respecto a la punibili-

y personalidad de las penas compensan el *capricho dogmático* de declarar la responsabilidad criminal de las personas jurídicas, p. 378; afirmativamente, BACIGALUPO SAGGESE/SÁNCHEZ VEGA: *Cuestiones prácticas en el ámbito de los delitos de empresa*, Barcelona, 2006; FOFFANI, L.: «Bases para una imputación subjetiva de la persona moral. Hacia una culpabilidad de las personas jurídicas», ob. cit.

75. BAJO FERNÁNDEZ: en *De nuevo sobre la responsabilidad...*, ob. cit., p. 379, se pronuncia en contra de aplicar penas a los entes colectivos, que serían la coartada para la impunidad de sus poderosos socios. Advierte, no obstante, que cabría un sistema jurídico penal pensado expresamente para las personas jurídicas, tal y como observa RIGUI, E.: en *Derecho Penal Económico Comparado*, Madrid, 1991; más ampliamente, QUANTE, A., *Sanktionsmöglichkeiten gegen juristische Personen und Personenvereinigungen*, Frankfurt am Main, 2005, p. 175 y ss., 191 y ss.

76. TIEDEMANN, K.: *Poder económico y delito*, p. 155; ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: «Las penas previstas en el art. 129 del Cp para las personas jurídicas», en *Poder Judicial*, núm. 46, 1997; ZÚÑIGA RODRÍGUEZ, L.: *Bases para un modelo de imputación de responsabilidad penal a las personas jurídicas*, Navarra, 2000; MARÍN DE ESPINOSA CEBALLOS, E.: *Criminalidad de empresa. La responsabilidad penal en las estructuras jerárquicamente organizadas*, Valencia, 2002, p. 215 y ss.

77. A favor BAJO FERNÁNDEZ, M.: *Derecho penal económico aplicado a la actividad empresarial*, 1978, pp. 116-117: en el sistema continental la persona jurídica aunque es penalmente irresponsable sufre los mismos castigos de multa, disolución, privaciones de derechos, etc., por la vía de las sanciones administrativas; BARBERO SANTOS: «¿Responsabilidad penal de las personas jurídicas?», en *Doctrina Penal*, n. 35, 1986, p. 397 y ss.; TERRADILLOS BASOCO: *Delitos societarios*, 1987, p. 35 y vid. también 103-110.

78. A favor RODRÍGUEZ MOURULLO: «Algunas consideraciones político criminales sobre los delitos societarios», en *ADPCP*, 1984, p. 689; OCTAVIO DE TOLEDO Y UBIETO, E.: *Notas para un estudio sobre los fraudes alimentarios*, p. 71; en contra BARBERO SANTOS: «¿Responsabilidad penal...?» ob. cit., p. 107; ZUGALDÍA ESPINAR: *Conveniencia político criminal...*, ob. cit., p. 87, entienden que el concepto de peligrosidad criminal íntimamente relacionado con el de medida de seguridad no es aplicable a los entes colectivos.

79. ZUGALDÍA ESPINAR, J.M.: «Las «consecuencias accesorias» aplicables como penas a las personas jurídicas en el CP español», en *Derecho penal*, núms. 1997-1998: El sistema de sanciones penales; MARTÍNEZ RUIZ, J.: «Naturaleza jurídica y criterios de aplicación de las consecuencias accesorias del art. 129 del CP», en *RECPC*, 1999; TAMARIT SUMALLA, J.M.: «Las consecuencias accesorias del art. 129 del Cp, ¿un primer paso hacia un sistema de responsabilidad penal de las personas jurídicas?», en *Libro homenaje al Prof. Dr. José Cerezo Mir*, Madrid, 2002; GUARDIOLA LAGO, M.J.: *Responsabilidad penal de las personas jurídicas y alcance del art. 129 del Cp*, Valencia, 2004, p. 121 y ss.; DE LA FUENTE HONRUBIA, F.: *Las consecuencias accesorias del art. 129 Cp (medidas aplicables a las personas jurídicas y empresas colectivas o individuales)*, Valladolid, 2004.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante... ¿un paso hacia atrás?

dad de las empresas⁽⁸⁰⁾ y considerarlas personas directamente responsables penalmente.

2. Si se admite la responsabilidad penal de las personas jurídicas, esto es, si son capaces de un comportamiento penal activo u omisivo, y de recibir el reproche ético social, es decir, si son capaces de culpabilidad, entonces la consecuencia jurídico penal debería ser una pena adecuada a su naturaleza, sancionándose a la persona jurídica por encima del derecho contravencional⁽⁸¹⁾. Es lo que ha hecho el Código penal francés de 1994: recoge todo un catálogo de consecuencias jurídicas (arts. 131.37 a 131.44) planteadas a la luz de las exigencias del Derecho penal económico y empresarial. Y así, junto a las penas más tradicionales de multa, disolución, suspensión o intervención judicial, se prevén otro tipo de sanciones sin duda novedosas: la exclusión de los mercados públicos de forma definitiva o por un período de hasta cinco años; la prohibición de recurrir al crédito público de forma definitiva o por un período de hasta cinco años; la prohibición de emitir cheques u otros títulos de crédito o cartas de pago por un período máximo de hasta cinco años, entre otras. Pues bien, el Anteproyecto de reforma ha trasladado igualmente —como ya he señalado— el contenido del anterior art. 129, las hasta ahora denominadas consecuencias accesorias, al art. 33.7, denominándolas, ahora sin tapujos, penas y a las que se añade a este catálogo la pena de multa. Y bien pudieran agregarse, también otras como por ejemplo: la prestación de servicios sociales compensatorios, paralela al trabajo en beneficio de la comunidad, que se aplica a las personas físicas, u otras como las que incluye el ordenamiento francés u otros ordenamientos.

El catálogo de penas para las personas jurídicas que contiene el nuevo apartado 7 del art. 33 Cp es el siguiente:

a) Multa por cuotas o proporcional La exposición de motivos asigna a la pena multa una nueva función, «*como una de las más importantes san-*

80. La Recomendación núm. R (88) del Comité de Ministros del Consejo de Europa a los estados miembros, adoptada por dicho Comité el 20-10-1988, en *Rivista Trimestrale di Diritto Penale dell'Economia*, 1991, p. 653 y ss., relativa a la responsabilidad de las empresas dotadas de personalidad jurídica por las infracciones cometidas en el ejercicio de sus actividades, recoge una amplia enumeración de posibles sanciones, entre las que prevalecen las de carácter administrativo penal.

81. Así también HIRSCH, H.J.: *La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas*, ob. cit., p. 1117.

M.^a Ángeles Cuadrado Ruiz

ciones previstas en los supuestos de responsabilidad penal de las personas jurídicas, en los cuales las elevadas cuantías que pueden llegar a determinarse aconsejan acompañar los objetivos de la represión penal con los de preservación de la actividad empresarial y los correspondientes puestos de trabajo».

Ante la imposición de multas a personas jurídicas, se ha criticado que al ser la multa penal una sanción eminentemente personal la extensión a la persona jurídica sólo se explica por la finalidad recaudatoria y por la comodidad que supone soslayar el procedimiento de realización forzosa de las participaciones empresariales de los autores personas físicas, asumiendo el riesgo de perjudicar a los socios no culpables.

- b) Disolución de la persona jurídica [actual consecuencia accesoria del art. 129.1.b)]. La disolución producirá la pérdida definitiva de su personalidad jurídica, así como la de su capacidad de actuar de cualquier modo en el tráfico jurídico, o llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita. Quizá el efecto consistente en la pérdida de capacidad de «llevar a cabo cualquier clase de actividad, aunque sea lícita», pueda, según el CGPJ, ser tajante en exceso y propiciar la comisión del delito de quebrantamiento de condena en situaciones tales como la realización de operaciones de liquidación de la persona jurídica.
- c) Suspensión de sus actividades por un plazo que no podrá exceder de cinco años [actual consecuencia accesoria del art. 129.1.c)].
- d) Clausura de sus locales y establecimientos por un plazo que no podrá exceder de cinco años [actual consecuencia accesoria del art. 129.1.a)]. Prohibición de realizar en el futuro las actividades en cuyo ejercicio se haya cometido, favorecido o encubierto el delito. Esta prohibición podrá ser temporal o definitiva. Si fuere temporal, el plazo no podrá exceder de quince años [actual consecuencia accesoria del art. 129.1.d)].
- e) Inhabilitación para obtener subvenciones y ayudas públicas, para contratar con las Administraciones públicas y para gozar de beneficios e incentivos fiscales o de la Seguridad Social, por un plazo que no podrá exceder de quince años.
- f) Intervención judicial para salvaguardar los derechos de los trabajadores o de los acreedores por el tiempo que se estime necesario, que no podrá exceder de cinco años [actual consecuencia accesoria del art. 129.1.e)].

La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante... ¿un paso hacia atrás?

En cuanto a la intervención judicial, su carácter dinámico, sensible a las mutaciones que sufra el estado de la persona jurídica a lo largo del tiempo, no podrá exceder de cinco años.

Por otra parte, sin embargo, el Informe del CGPJ señala que la naturaleza jurídica de la intervención judicial, más que de pena, es de medida cautelar o de medida ejecutiva instrumental para garantizar la continuidad de una explotación. Al incorporarse en el catálogo de penas, cumple una finalidad preventiva de evitación de riesgos futuros para los derechos de los trabajadores o de los acreedores de la persona jurídica; más aún, en la exposición de motivos se refiere que *«las elevadas cuantías (de las multas) que pueden llegar a determinarse aconsejan acompañar los objetivos de la represión penal con los de preservación de la actividad empresarial y los correspondientes puestos de trabajo»*, lo que significa que esta pena, según opinión del CGPJ, se entiende como complemento de la pena de multa, para el supuesto hipotético de que la ejecución de la multa en el caso concreto pueda colocar en una situación económica crítica a la persona jurídica condenada. Pero para hacer frente a este tipo de contingencias, en los procesos civiles y laborales pueden aplicarse medidas cautelares (intervención o administración judiciales de bienes productivos, art. 727.2.^ª LEC) o ejecutivas (administración judicial, arts. 630 y ss. LEC), que se adaptan mejor que la pena a la situación económica de cada momento. La intervención judicial también podrá imponerse como responsabilidad subsidiaria en caso de impago de la multa (art. 53.5).

Como puede observarse una vez más, la reforma introduce la pena de multa y transforma en penas la totalidad de las consecuencias accesorias previstas en el vigente art. 129, que en la actualidad pueden recaer tanto sobre personas físicas, en cuanto hayan actuado a través de empresas o empleando locales o establecimientos, como sobre personas jurídicas, bien actuando como empresas, bien con carácter general sin tener necesariamente carácter mercantil (en cuanto sociedades, asociaciones o fundaciones).

Algo que destaca es que todas las penas tienen la consideración de penas graves, en lo que insiste la letra j) del apdo. 3 del mismo artículo, relativo a la multa proporcional, que considerará pena menos grave cualquiera que sea su cuantía *«salvo lo dispuesto en el apartado 7 de este artículo»*. Esta graduación uniforme de las penas a imponer a las personas jurídicas tendrá trascendencia relevante a efectos de plazos de prescripción y de rehabilitación,

M.^a Ángeles Cuadrado Ruiz

en su caso. Así mismo, esta consideración de las penas como graves puede proyectarse en el ámbito de las medidas de investigación con injerencia en derechos fundamentales que por razones de proporcionalidad requieren delitos graves, con el peligro de que este requisito se entienda cumplido en cualquier caso en que aparezca la posibilidad de responsabilidad penal de una persona jurídica.

También ha de subrayarse que este catálogo de sanciones coincide en términos generales con el de las disposiciones del Derecho Comunitario, en las que, además de la multa (penal o administrativa), a imponer con carácter preceptivo, se añaden otras sanciones que pueden ser incorporadas al derecho interno con carácter facultativo y cuya naturaleza, penal o no, no viene determinada por el Derecho Comunitario. Estas posibles sanciones son las siguientes: exclusión del disfrute de ventajas de carácter fiscal o de otro tipo, o de ayudas públicas; inhabilitación temporal o permanente para desempeñar actividades comerciales; vigilancia judicial; medidas judiciales de liquidación; medida judicial de disolución; cierre temporal o definitivo de los establecimientos utilizados en la comisión de la infracción; decomiso y, por último, obligación de adoptar medidas específicas para eliminar las consecuencias de la infracción que ha originado la responsabilidad.

3. En estos casos habría que cuestionarse: primero, si es suficiente la sanción a la empresa, sobre todo, en los casos en los que la actividad sea «*expresión de la política de empresa*»⁽⁸²⁾ o si basta la tradicional responsabilidad de la persona física cuando una empresa se utiliza como instrumento o pantalla para delinquir⁽⁸³⁾ y, en segundo lugar, si hubiese que simultanear ambos regímenes de responsabilidad.

Es evidente que los directores de una empresa pueden ser sustituidos, quedando intacta la estructura organizativa del sujeto colectivo y su actitud criminal si sólo son objeto de sanciones las personas físicas⁽⁸⁴⁾. En este sentido, se ha puesto de manifiesto que los Administradores pueden cometer delitos,

82. Cfr. por todos MANNA, A.: «La responsabilidad del produttore per la sperimentazione dei farmaci sui malati di mente», p. 664.

83. RODRÍGUEZ RAMOS, L.: «Protección penal del ambiente», en *Rev. de Derec. Púb.*, tomo I, Derecho Penal y Constitución, EDERSA, 1982, p. 276.

84. SCHÜNEMANN, B.: *Unternehmenskriminalität...*, ob. cit., p. 18 y ss.

La responsabilidad penal de las personas jurídicas. Un paso hacia adelante... ¿un paso hacia atrás?

no en ejecución de iniciativas personales, sino de decisiones de la Asamblea o de directrices de la política empresarial. En estos casos castigar sólo al Administrador sería dejar impune al centro decisorio⁽⁸⁵⁾. Entiendo, por tanto, que la doble vía de punición, en la que fuera compatible la responsabilidad directa de la persona jurídica con la responsabilidad de la persona individual, sería la más adecuada⁽⁸⁶⁾. En los casos en los que el autor individual actúe como órgano tendría lugar una doble sanción, en contradicción —a primera vista— con el principio «ne bis in idem», por cuanto se le impondría una sanción contra él y también, proporcionalmente, la pena contra el ente colectivo. Sin embargo, cuando un órgano de una empresa económica delinque en favor de la empresa es la empresa la que comete el hecho delictivo. Existe, por un lado, la propia responsabilidad individual, y por el otro la de la empresa, y ninguna de las dos ha de ser eliminada total o parcialmente, puesto que los efectos mediatos de la sanción a la empresa no alcanzan al responsable individual de distinta forma a como lo haría respecto a otros trabajadores o socios⁽⁸⁷⁾. Por eso creo que no sería injusto⁽⁸⁸⁾.

En esta línea el Código penal francés tampoco excluye expresamente las sanciones a personas físicas en los casos de responsabilidad penal de las personas jurídicas.

Y el Anteproyecto de reforma en nuestro país también opta, siguiendo las prescripciones del Derecho comunitario, por esta doble vía.

85. FREUND, G.: *Erfolgsdelikt und Unterlassen*, 1992, p. 1.

86. ACKERMANN, B.: *Die strafbarkeit juristrischen Personen...*, ob. cit., p. 206; EHRHARDT, A.: *Unternehmensdelinquenz...*, ob. cit., p. 215; también TERRADILLOS BASOCO, J.: *Derecho Penal de la empresa*, p. 61: «las penas impuestas exclusivamente al autor-persona física no pueden alcanzar la necesaria eficacia si no van acompañadas de otras sanciones que afecten a la empresa-persona jurídica en cuyo seno, funcional, se produjo la conducta criminal»; asimismo, vid. la recomendación del Comité de Ministros del Consejo de Europa núm. R (88) 18, de 20 de octubre, que propone una responsabilidad acumulativa de la persona física junto con una responsabilidad de la persona jurídica, para el caso de infracción del deber de control por la dirección; RODRÍGUEZ RAMOS, L.: «¡Societas delinquere potest!», en *La Ley*, 1996, núm. 4136, p. 4; SCHÜNEMANN, B.: *Unternehmenskriminalität*, ob. cit., pp. 155, 232 y ss., 251 y ss. es partidario una «multa anónima» al grupo como caso excepcional en los que no se pueda individualizar al autor pero, sobre todo, de la intensificación de las sanciones individuales: del renacer de la pena corta de libertad y de la pérdida del «status» vinculada a ella; así también TIEDEMANN, K.: *Wirtschaftsstrafrecht und Wirtschaftskriminalität*, 1976, p. 247 y ss.

87. HIRSCH, H.J.: *La cuestión de la responsabilidad penal de las asociaciones de personas*, ob. cit., pp. 1116-1117.

88. EHRHARDT, A.: *Unternehmensdelinquenz...*, ob. cit., pp. 214-215.

M.^a Ángeles Cuadrado Ruiz

4. Lo criticable, a mi modo de ver, es la diferenciación que hace el Anteproyecto entre entes con personalidad jurídica y aquellos que no la tienen, creando una dualidad de sistemas de responsabilidad penal de los entes colectivos.
5. Esperemos que tras aprobarse esta reforma del Código penal, que supondría un sistema de responsabilidad penal directa de la persona jurídica y que permitiría la imputación al ente colectivo, se dejen los eufemismos y fórmulas encubiertas que hasta ahora se han utilizado. No obstante, si finalmente se acoge la recomendación del Consejo General del Poder Judicial, tal vez nos encontremos con una Ley especial relativa a la responsabilidad penal de las personas jurídicas...
6. Evidentemente se ha dado un paso adelante en la responsabilidad penal de las personas jurídicas pero, quizás, para dejar a todos algo más satisfechos ¿un paso o medio hacia atrás?